

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

LIZA VALENÇA RAMOS

**DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS
OBJETIVOS, SISTEMA DE CONTROLE UTILIZADO E DA NATUREZA E
APLICAÇÃO DOS PRINCIPAIS DISPOSITIVOS.**

**CURITIBA
2009**

LIZA VALENÇA RAMOS

**DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS
OBJETIVOS, SISTEMA DE CONTROLE UTILIZADO E DA NATUREZA E
APLICAÇÃO DOS PRINCIPAIS DISPOSITIVOS.**

Monografia apresentada pela aluna Liza Valença Ramos como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, Setor Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Professora Doutora Tatyana Scheila Friedrich

CURITIBA

2009



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **LIZA VALENCA
RAMOS**

Aos cinco dias do mês de novembro do ano de 2009, às 09:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) **LIZA VALENCA RAMOS**, sobre o tema, “Direito Comunitário da Concorrência”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, **TATYANA SCHEILA FRIEDRICH**, (Orientador), **VERA CECÍLIA ABAGGE DE PAULA** e **ROSICLER DOS SANTOS**, atribuiu as seguintes notas respectivamente: _____ , _____ e _____; perfazendo a média igual a _____.

Obs.:

Curitiba - PR, 05 de novembro de 2009.

TATYANA SCHEILA FRIEDRICH

VERA CECÍLIA ABAGGE DE PAULA

ROSICLER DOS SANTOS

TERMO DE APROVAÇÃO

LIZA VALENCA RAMOS

Direito Comunitário da Concorrência

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

TATYANA SCHEILA FRIEDRICH
Orientador

VERA CECÍLIA ABAGGE DE PAULA
Primeiro Membro

ROSICLER DOS SANTOS
Segundo Membro

Dedico este estudo à minha família pelo imenso amor que recebo.

Este grande amor está em cada página de minha vida, projetando-se em tudo que sou e faço.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio e paciência.

Em especial à minha mãe, Lília, e ao meu pai, Sérgio Ricardo, que me ensinaram com muito senso de humor a ter senso crítico; ao meu irmão, Márcio, pelo companheirismo e pelas infinitas conversas sobre as mais diversas ciências; e à minha avó Elisa pelo carinho e mimos. Todo caminho fica mais fácil com o apoio de uma legítima avó mineira.

A todos os meus professores, portadores da luz na longa jornada do conhecimento. Particularmente à minha orientadora: Professora Tatyana Scheila Friedrich. Ela exerce com excelência todos os atributos de um verdadeiro Mestre. À Professora Vera Abagge, a primeira a me mostrar os encantos do direito internacional. E aos professores que tive em Coimbra, de todos eles guardo lembranças carinhosas pela paciência e incentivo no meu estudo sobre Direito Comunitário.

Aos colegas de Direito, das duas turmas em que estudei, pela companhia e intercâmbio de conhecimentos.

Aos meus colegas de Relações Internacionais que me ajudaram a ter uma nova perspectiva sobre o Direito e meu futuro.

"People are the common denominator of progress. So... no improvement is possible with unimproved people, and advance is certain when people are liberated and educated. It would be wrong to dismiss the importance of roads, railroads, power plants, mills, and the other familiar furniture of economic development.... But we are coming to realize... that there is a certain sterility in economic monuments that stand alone in a sea of illiteracy. Conquest of illiteracy comes first. "

(John Kenneth Galbraith , The Affluent Society, 1958)

RESUMO

O direito comunitário da concorrência é a base jurídica da ampla política de concorrência da União Européia. A concorrência é entendida como um dos principais pilares da construção comunitária, na medida em que permite que o mercado único europeu não seja falseado. Dessa forma, é vista como um instrumento de realização da missão comunitária, e não como um fim em si mesmo. Segue-se, portanto a teoria da concorrência-instrumento, em que a concorrência é apenas um meio, eventualmente privilegiado, para alcançar determinados fins. Estes fins devem ser cuidadosamente escolhidos, respeitando a realidade local. A União Européia destacou, como principais objetivos da concorrência, estabelecimento e manutenção do mercado comum e o desenvolvimento econômico e social de todos os Estados-membros. O sistema de controle utilizado na União Européia mescla o exame *a priori* e *a posteriori*. Dentre as regras que destinadas às empresas encontram-se a vedação, enquanto incompatíveis com o mercado comum, de coligações empresariais (também conhecida como cooperação empresarial), do abuso de posição dominante e de concentrações empresariais. Dentre as regras destinadas aos Estados, há proibição de auxílios de Estado que possam trazer distorções ao mercado comum.

PALAVRAS-CHAVE

UNIÃO EUROPÉIA; DIREITO COMUNITÁRIO; CONCORRÊNCIA.

ABSTRACT

The European Union's competition law is the legal basis of the competition policy of European Union. It is considered as a pillar of European integration because it permits that the competition on the single European market gets not distorted. Thus, it is comprehended an instrument for the attainment of the Community mission, and not as an end in itself. It follows the theory that understands competition as a tool, sometimes privileged to achieve certain purposes. These objectives must be carefully chosen, respecting the local reality. The European Union focused, among the main objectives of the competition, the establishment and maintenance of the common market and the economic and social development of all Member States. The control system in European Union merges the examination *a priori* and *a posteriori*. Among the rules for firms, when incompatible with the common market, are the prohibition of business coalition (also called business cooperation); abuse of dominant position and mergers business. Among the rules for the Member States, is the prohibition of all kinds of State aid that could distort the competition in common market.

KEY WORDS

EUROPEAN COMMUNITY; EUROPEAN COMMUNITY LAW; COMPETITION.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.

Ac: Acórdão

Art.: Artigo

BEI: Banco Europeu de Investimentos

CE: Comunidade Européia.

CECA: Comunidade Económica do Carvão e o Aço.

CEE: Comunidade Económica Européia (nomenclatura utilizada até 1993).

CEEA: Comunidade Européia da Energia Atômica, hoje chamada Euratom.

EUA: Estados Unidos da América.

Euratom: Comunidade Européia da Energia Atômica.

JO: Jornal Oficial. Antes denominado JOCE, Jornal Oficial das Comunidades Europeias.

MERCOSUL: Mercado Comum do Sul

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Proc.: Processo

TCE: Tratado que institui a Comunidade Européia ou Tratado de Roma.

TCECA: Tratado que institui a Comunidade Económica do Carvão e do Aço.

TCEEA: Tratado que institui a Comunidade Européia da Energia Atômica.

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Européia.

TJUE ou Tribunal de Justiça: Tribunal de Justiça da União Européia.

TUE: Tratado da União Européia ou Tratado de Maastricht.

UE: União Européia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
Capítulo 1. Razões para a regulamentação da concorrência	15
1.1. Razões gerais.....	15
1.2. Razões europeias.....	22
1.2.1. Breve histórico	22
1.2.2. Primeiro momento. Concorrência como instrumento para a integração regional	26
1.2.3. Segundo momento. Concorrência como instrumento de desenvolvimento da União Europeia	32
Capítulo 2: A concorrência	34
2.1. Função da concorrência	34
2.1.1. Concorrência-condição	34
2.1.2. Concorrência-instrumento	35
2.2. Sistemas de proteção	35
2.2.1. Sistema de ilicitude, perigo ou prevenção de danos	36
2.2.2. Sistema de controle, abuso ou repressão do dano efetivo	37
2.2.3. Sistema misto.....	38
2.3. A concorrência na União Europeia	38
Capítulo 3. A regulação da Concorrência no Direito Comunitário	44
3.1. Campo de aplicação	44
3.1.1. O princípio do efeito anticoncorrencial	45
3.1.2. A suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados membros	47
3.1.3. Noção geral de mercado relevante.....	51
3.1.4. Regimes especiais	52
3.2. Coligações empresariais.....	53

3.2.1. Agentes da coligação. Noção comunitária de empresa e associação de empresas.....	54
3.2.2. Formas de coligação	55
3.2.3. Exemplificação de coligações proibidas	57
3.2.4. As exceções à proibição de coligações.....	60
3.2.5. A aplicação das regras contra coligações no ano de 2008	61
3.3. Abuso de posição dominante.....	62
3.3.1. Noção de mercado relevante para abuso de posição dominante	62
3.3.2. Posição dominante	63
3.3.3. A noção de abuso da posição dominante.....	64
3.3.4. A aplicação das regras contra abuso de posição dominante no ano de 2008	65
3.4. Operações de concentração	65
3.4.1. Histórico.....	66
3.4.2. Noção de concentração empresarial	67
3.4.3. Dimensão comunitária.....	69
3.4.4. Prazos para a análise de atos de concentração empresarial	70
3.5. Os auxílios de Estado	71
3.5.1. Noção de auxílio de Estado.....	72
3.5.2. Derrogações ao princípio de incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado comum.....	73
CONCLUSÃO.....	75
BIBLIOGRAFIA.....	76
ANEXO	81

INTRODUÇÃO

O direito da concorrência é um dos grandes pilares do direito comunitário. Afinal o desenvolvimento social depende em grande parte do desenvolvimento econômico e uma das mais importantes formas de trazer desenvolvimento econômico é através da intervenção eficiente do Estado na economia. A concorrência é, também, a área em que os operadores econômicos em geral e as empresas têm mais contato com o direito comunitário.

Na União Européia a intervenção eficiente só pode se realizar com a harmonização das políticas econômicas comunitárias com as políticas econômicas dos próprios Estados-membros. Para o melhor funcionamento deste sistema, visando a cooperação, houve no início dos anos 2000 uma grande reforma, com a edição de diversos regulamentos e atuação intensiva do Tribunal de Justiça.

Qualquer ramo do direito só se realiza plenamente se há contemplação dos objetivos do sistema em questão. Os objetivos formam a base, a constituição dos sistemas normativos. Neste ponto se encontra o foco principal deste trabalho: entender o sistema comunitário de concorrência em sua essência, levando em conta a missão da comunidade: ao que se presta este sistema? E neste objetivo, é bem sucedido?

O primeiro capítulo deste trabalho dedica-se aos possíveis objetivos perseguidos pelas legislações em matéria de concorrência em diferentes partes do mundo e épocas. Traz-se primeiro um levantamento geral dos objetivos, tanto os econômicos, quanto os não econômicos. Em seguida, observam-se os objetivos pretendidos e atingidos pela União Européia. Observa-se que o direito comunitário da concorrência em um primeiro momento serviu basicamente para a integração dos mercados nacionais com a construção do mercado comum europeu. Hoje, com o mercado comum sólido, serve de forma ampla para a realização da missão comunitária que inclui, dentre outros fins, o amplo desenvolvimento econômico e social.

O segundo capítulo estuda os tipos de concorrência que podem ser perseguidos (concorrência-condição e concorrência-instrumento) e os sistemas de defesa desta. Por fim, faz algumas anotações sobre o sistema comunitário, que

mescla a proteção *a priori* e *a posteriori*, na busca da concorrência, entendida como um instrumento de realização dos objetivos comunitários.

O terceiro capítulo traz um panorama geral do sistema, estuda artigo por artigo a sua natureza jurídica e aplicação, através do exame do direito comunitário originário e derivado, do histórico de decisões da Comissão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Uma última observação deve ser feita: o Tratado de Lisboa foi assinado pelos representantes de todos os Estados-membros em 13 de dezembro de 2007, entretanto, até a apresentação deste estudo, não entrou em vigor. Com o processo de ratificação completo isto está previsto para o dia 01 de dezembro de 2009. Até essa data devem ser designados os dois titulares dos mais altos cargos da União Européia instituídos pelo Tratado de Lisboa, ou seja, o Presidente do Conselho Europeu e o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança. Pela entrada iminente em vigor, este trabalho se adianta e já trabalha com as alterações instituídas por este Tratado. Tais alterações são mais significativas na área institucional da União Européia. Não houve nenhuma alteração no setor de concorrência, os artigos foram apenas renumerados, sem alteração da redação.

Capítulo 1. Razões para a regulamentação da concorrência

1.1. Razões gerais

Para iniciar este trabalho é necessário entender os motivos pelos quais os mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo criam normas de direitos de concorrência. Por que não simplesmente deixar o mercado fluir no seu ritmo natural, como pregavam os antigos liberais? Por que o direito, representando o Estado, deve regulamentar a ação dos particulares na sua esfera por excelência: o mercado?

Para responder tal pergunta será necessário compreender, dentro dos limites deste trabalho, as origens do direito económico e o seu desenvolvimento. Esta parte do estudo tem como principal guia a obra portuguesa “Direito Económico”¹. Ensina-se que os antigos liberais se baseavam em um modelo clássico que pressupunha pluralidade de agentes (atomicidade do mercado) para controlar severamente a atuação do Estado na economia. Este é um modelo ideal, mas refletia a tendência dos mercados em certos países na fase liberal do capitalismo oitocentista. Nesse modelo há dois lados: um formado por agentes económicos plúrimos e relativamente iguais, no lado da oferta, e, no outro lado, consumidores também numerosos (indivíduos, famílias e pequenas empresas). Dos dois lados não havia capacidade de manipular o mecanismo de formação dos preços. Essa era a “concorrência bilateral ou perfeita” em que os produtos tinham homogeneidade (bens transacionados), havia fluidez (produtores e consumidores entram e saem livremente) e transparência (livre e completa informação).²

No começo do século XX surgem vários fatores que alteram essa realidade: revoluções industriais, generalização do uso da mão de obra assalariada, massificação da produção industrial e necessidade de centralização de capitais. E se torna evidente a defasagem entre o modelo e realidade.

O mercado mudou muito as suas características: de atomizado a molecular, de aberto para fechado, de transparente a opaco, de “perfeito” e “puro” a “imperfeito”

¹SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5 ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006.

²Idem. p. 270.

e “impuro”. Há grandes empresas, agrupamento de empresas (trustes, cartéis, etc.), oligopólios e monopólios e estas assumem papel ativo de ordenação e organização privada do mercado. Ou seja, a própria concorrência gerou a concentração (em sentido amplo).³ A concentração acontece de acordo com as regras econômicas vigentes: através do livre jogo entre as forças de mercado.

As explicações deste fenômeno são múltiplas: diminuição do risco, economias de escala, racionalização dos processos de produção e distribuição, facilidades no financiamento e no acesso ao crédito, domínio sobre os preços, etc.⁴

A utopia da concorrência perfeita é destruída e por isso foi necessário uma revisão do sistema liberal, que passa a aceitar a concorrência imperfeita, porém praticável. O que os autores entendem por manutenção da noção de concorrência, mas com inexorável deslocamento de sentido. A respeito, na doutrina francesa, há essa brilhante passagem:

É preciso vigiar para que as empresas permaneçam concorrentes e não possam, através das suas lutas, eliminar-se mutuamente, criando situações de monopólio. Paradoxalmente, requer-se a luta, mas não se permite a vitória definitiva.⁵

O direito econômico como ramo específico do Direito e como disciplina autônoma nasce aí, após a Primeira Guerra Mundial. Os autores denominam essa época como a passagem do capitalismo concorrencial para o “capitalismo organizado”⁶.

Na década de 70 e especialmente 80 as críticas neoliberais retomam força e questionam a intervenção estadual na economia pela sua ineficiência e pela possibilidade de alcançar os mesmos resultados pelo livre jogo das forças de mercado. Entretanto tais críticas não levaram a desregulação da economia, mas na variação das formas de regulação⁷:

Contudo, uma relativa ausência de normas econômicas nas *constituições liberais* do século XIX não significou a inexistência de uma constituição econômica. Primeiro, porque mesmo nessas Constituições encontramos

³ Idem, p. 271.

⁴ Idem, p. 272.

⁵ Jacquemin, A; Schrans, G. Le droit économique. 2 ed. França: Presses Universitaires de France, 1974. Apud SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5 ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006.

⁶ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5 ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006. p.16

⁷ Idem, p.18.

normas com incidência, directa ou indirecta, na ordem econômica (por exemplo, a consagração do direito de propriedade e da liberdade de comércio e indústria); segundo, porque a relativa ignorância de outros aspectos da vida econômica tem um significado jurídico e econômico, reflectindo um modelo onde o Estado se demite, em geral, de uma intervenção correctiva na economia, aceitando e garantindo, como princípios da regulação econômica, a propriedade privada, a livre concorrência e a liberdade contratual.⁸

Pelo liberalismo o direito era mal visto na esfera econômica e só chamado a atuar em casos mais que extremos e somente para fortalecer as leis de mercado. Infelizmente as grandes crises do século passado mostraram que essa não fora a melhor opção. A história ensinou a importante lição de que o capitalismo não é em sua essência contrário à intervenção estatal, e até precisa desta, desde que tal interferência se dê para beneficiá-lo.

Aqui introduz-se o conceito chave deste capítulo: a intervenção econômica não deve ser feita levianamente e sim com objetivos pré-determinados e sempre vai beneficiar alguém. Por isso é tão importante avaliar as necessidades de cada mercado e dar-lhe um ordenamento capaz de realizar os objetivos a ele necessários.

Por diferentes motivos os Estados adotam legislações de concorrência e essas legislações são muito diferentes entre si, pois realizam objetivos diferentes. Ou seja: há diferenças no por que ter uma legislação de concorrência, qual concorrência é defendida e como vai se proceder essa busca. Nesse capítulo estudam-se os motivos para a implantação do direito de concorrência, deixando para os próximos as demais questões levantadas.

Segundo Khemani, em seu estudo sobre a aplicação da legislação de concorrência, há vários objetivos diferentes perseguidos pelos direitos de concorrência no espaço e tempo. Em suas palavras:

Em alguns países como o Canadá e a Nova Zelândia, o objetivo imediato da legislação sobre a concorrência é manter e estimular a competição, colocando-se ênfase da eficiência econômica. Em outras jurisdições, como O Reino Unido, a ênfase é colocada no “interesse público” – um conceito mais amplo que apenas a competição. Nos Estados Unidos, a colocação em prática das leis de concorrência tem cada vez mais a atenção voltada para o interesse do consumidor e eficiência econômica. No entanto, nem sempre foi assim. Quando o Sherman Act foi promulgado em 1890 (e por

⁸ Idem, p.33.

boa parte do século 20), havia uma preferência explícita pelo 'pluralismo' em termos de disseminação do poder econômico. Havia também uma tendência a proteção do pequeno comércio e da economia local. Na União Européia, a prioridade é dada a integração econômica ou de Mercado e a prevenção do domínio por grandes empresas. Na Alemanha, assim como em outros Países-Membros da União Européia, preservar ou garantir a liberdade de ações individuais e liberdade econômica é tido como importante como objetivo das leis de concorrência. Em vários países em desenvolvimento, é possível observar uma gama de diferentes objetivos da lei de concorrência. Por exemplo, na Colômbia, que é uma pequena economia aberta, a ênfase é colocada na eficiência econômica. Na Indonésia e na Rússia, a lei inclui preocupações sobre justiça, disseminação do poder econômico e resguardo das pequenas e médias empresas.⁹

Com o auxílio desses numerosos exemplos percebe-se a vastidão de objetivos perseguidos, e para citar os principais será necessária uma sistemática para organizá-los. Este trabalho utiliza o sistema feito por Ricardo Thomazinho da Cunha que separa primeiramente em interesses econômicos e não econômicos. Os interesses econômicos são divididos em interesses gerais e interesses integracionistas.¹⁰ Cunha cita como interesses econômicos: coordenar a oferta e a demanda para maximizar o uso dos escassos recursos com a utilização de técnicas produtivas cada vez mais avançadas e assim impulsionar a geração de riqueza. Em outras palavras, a concorrência impulsiona a alocação ótima dos recursos e o progresso tecnológico.

Nesse mesmo sentido Carolina Munhoz, ao estudar os benefícios empíricos provindos do direito da concorrência para os países em desenvolvimento e para o sistema econômico internacional, divide por efeitos positivos de eficiência estática e dinâmica. A eficiência estática se dá pela "utilização ótima dos recursos existentes ao menor custo e a eficiência dinâmica, que corresponde à introdução ótima de novos produtos, meios mais eficientes de processos produtivos, além de estruturas organizacionais mais eficientes ao longo do tempo."¹¹

Ainda utilizando os conceitos de eficiência estática e dinâmica deve-se observar a lição de Laffont sobre os países em desenvolvimento que devem buscar

⁹ KHEMANI, R. S. **Application of competition Law: exemptions and exceptions**. Disponível em < http://www.unctad.org/en/docs/ditccplmisc25_en.pdf >. Acesso em 05 de Abril de 2009.

¹⁰ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 24.

¹¹ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre Concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex editora, 2006. p.131.

o desenvolvimento da produção no longo prazo: eficiência dinâmica prevalecendo sobre a estática. Para tais países a alocação ótima dos recursos não pode ser o último e superior imperativo e sim o desenvolvimento. Em suas palavras:

O que é exigido pelas economias em desenvolvimento é um grau ideal de concorrência que traria rivalidade suficiente para reduzir a ineficiência no uso corporativo de recursos no patamar microeconômico, mas não um nível de concorrência que pudesse impedir a tendência de investir.¹²

Também é interesse econômico geral trazer certa estabilidade para a economia. Em uma economia estável é mais fácil prever os comportamentos dos agentes econômicos e estes podem com maior eficiência planejar suas ações para o futuro, e por conseqüência evitam problemas estruturais como as práticas inflacionárias em cadeia.¹³

Os interesses econômicos gerais foram historicamente os primeiros a ser perseguidos. Já a regulação dos interesses não econômicos é fruto do desenvolvimento da ciência econômica. Ascensão, ao tratar de concorrência desleal, nos ensina que a defesa dos interesses dos concorrentes começa no século XIX em meio ao liberalismo econômico¹⁴. Um grande exemplo disso é a Convenção da União de Paris que trata com maior ênfase dos interesses privativos, praticamente excluindo os interesses dos consumidores. Essa concepção só se altera por volta dos anos 1930 quando o mundo começa a se preocupar com os interesses gerais em matéria de concorrência. Nas palavras do autor: “Os regimes autoritários trouxeram o acento dos interesses gerais no domínio da concorrência desleal. O pós-guerra trouxe para o primeiro plano o interesse dos consumidores”¹⁵.

Dessa forma os interesses não econômicos, segundo a sistemática de Cunha, ganham importância.¹⁶ Dentre eles cita o autor: dispersão do poder econômico e da riqueza, aumento das oportunidades empresariais e promoção do preço mais justo. É preciso, portanto proteger a liberdade dos agentes econômicos e impedir o império da lei do mais forte na economia. Munhoz ilustra bem a liberdade econômica com as oportunidades a todos os participantes do mercado: o empresário

¹² WAISBERG, Ivo. **Direito, política de concorrência para os Países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 37.

¹³ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 25.

¹⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal. Parte Geral**. Lisboa: Associação acadêmica da faculdade de direito de Lisboa, 2000. p. 223

¹⁵ Idem. p. 223

¹⁶ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 26.

pode decidir entre vários recursos disponíveis e o consumidor tem a possibilidade de escolher entre as várias alternativas e há empregos diferentes para os trabalhadores.¹⁷

É interesse não econômico e social evitar que as empresas eliminem a concorrência, manipulem ou desviem o mercado afetando o interesse público como um todo e especialmente o consumidor. Tal concepção é afirmada inclusive na jurisprudência estadunidense no caso *Spectrum Sports v. McQuillan*:

A **intenção do ato** não é proteger a indústria do mercado operacional: é proteger o público da falência do mercado. A lei não se dirige contra a conduta competitiva, mas contra a conduta que ilegalmente tende a destruir a concorrência. Isto é feito não por consideração aos interesses privados, mas pela **preocupação com o interesse público**¹⁸

É também interesse social evitar que as empresas sejam mantidas artificialmente pelos consumidores ou pelos Estados.

Apesar de todos os efeitos positivos ao mercado em questão atingidos pelas legislações de concorrência há países que pelos mais diversos motivos não as adotam senão por pressão externa. Ou seja, há também interesse de outros mercados na adoção de legislação de concorrência por um determinado País. Esse é o caso da Alemanha e do Japão que foram obrigados a adotar legislações de defesa de concorrência por imposição americana no Pós-Guerra¹⁹.

Importa também perceber o interesse dos países centrais da adoção de legislações de concorrência por todos os países periféricos, desde que estas sejam condizentes com os interesses dos países desenvolvidos proporcionando abertura de mercados e mais certeza no comércio internacional. Nesse sentido:

Durante as décadas de oitenta e noventa do século XX, as políticas de privatização, de liberalização e de relativa desregulamentação de alguns mercados, vieram, por sua vez, conferir maior importância à regulamentação da concorrência, de natureza transversal²⁰

Nessa mesma linha de raciocínio está Ivo Waisberg ao afirmar que possuir legislações de concorrência é, atualmente, “a regra do jogo”.²¹

¹⁷ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre Concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex editora, 2006. P. 129

¹⁸ *Spectrum Sports v. McQuillan*, 506. U.S. 447, p.458 *Apud* WAISBERG, Ivo. **Direito, política de concorrência para os Países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. P.45

¹⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**. Coimbra: Coimbra editora, 2002. p.50

²⁰ Idem.

²¹ WAISBERG, Ivo. **Direito, política de concorrência para os Países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 26.

A conclusão parcial deste capítulo é que existem muitos interesses ‘em jogo’ e que podem os interesses se completar ou até colidir, por isso é importante que o País tenha em mente para quê deseja criar um direito de concorrência e guiar sempre a sua legislação para tal objetivo. Segundo Ascensão é necessário buscar uma concepção integrada dos interesses protegidos, evitar sobreposições de disciplinas normativas, levando à diversidade de aplicação e a efeitos jurídicos descoordenados.²²

São muitos os interesses, sejam eles internos ou externos a determinado mercado e não há legislação de concorrência que seja capaz de atender plenamente a todos esses objetivos porque eles são muitas vezes colidentes entre si. Deve-se então eleger os objetivos principais que guiarão todo o sistema de defesa da concorrência. Como exemplo pode-se dizer que os EUA escolheram como objetivos por excelência a proteção dos consumidores e a alocação ótima dos recursos²³.

Não há uma receita mágica que caiba a todos os países do mundo nas mais diferentes épocas. O remédio deve vir na exata medida da doença e para que isso aconteça é necessário fazer uma boa avaliação da situação do mercado em questão e saber com clareza qual a situação que se quer atingir. E essa talvez seja a parte mais difícil, mas a mais essencial na criação de uma política eficaz. Desde o início deve-se ter em mente o que será incentivado e o que será colocado em detrimento. Há que se fazer escolhas e estas não são óbvias tendo as mais diversas repercussões.

Na doutrina nacional há de se observar o alerta de Calixto Salomão Filho: a regulação e antitruste não são apenas mais um instrumento de política econômica, são garantias sistêmicas e por isso têm um conteúdo mínimo necessário a ser preservado. Segundo o autor o principal objetivo da política concorrencial deve ser a garantia institucional do equilíbrio entre os agentes econômicos e os consumidores, em suas palavras:

O que o direito concorrencial deve garantir é a igualdade de condições de concorrência entre regiões econômicas em que vigorem condições econômicas muito diversas – tarefa, essa, já por si só bastante complicada. (...) Essa conclusão ganha bastante sentido com a observação óbvia de que

²² ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal. Parte Geral**. Lisboa: Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 2000. p.223

²³ CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu**: uma contribuição ao MERCOSUL. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20.

o desenvolvimento econômico só pode ser sustentável se estiver lastreado em um equilíbrio entre os agentes econômicos e os consumidores.²⁴

Para o autor, o Brasil nos traz inúmeros exemplos de conseqüências negativas do desenvolvimento desequilibrado.

Por último, deve-se sublinhar que afirmar a regulação como garantia sistêmica e como fomentadora do equilíbrio econômico não significa desconsiderar outros vários objetivos da política econômica. E aqui ele chega à mesma conclusão de Ascensão: é necessário fazer um esforço de compatibilização.

1.2. Razões européias

1.2.1. Breve histórico

Como será visto adiante, as regras comunitárias de concorrência estão intimamente ligadas à construção européia e entender os interesses europeus ao estabelecer um regime de concorrência passa pela compreensão do histórico desta integração regional, o que, infelizmente, não cabe ao escopo deste trabalho. Far-se-á, então apenas um breve histórico.²⁵

Após a segunda guerra mundial afloraram muitos movimentos integracionistas na Europa. A primeira integração que aconteceu foi econômica: os fatores econômicos buscaram fora do seu Estado de origem local propício para a sua realização. O mercado tornou-se por sua vez supranacional e só poderia ser regido por instâncias de controle também supranacionais. A estrutura do mercado foi alterada o que demandou alterações estruturais na forma de controle.

Sobre a integração política, é necessário citar pelo menos algumas grandes ocasiões. A primeira delas ocorre em nove de maio de 1950, dia da famosa Declaração de Schuman (Ministro dos Negócios Estrangeiros francês), que recebeu de Jean Monnet (Comissário do Plano de reconstrução e recuperação econômica da França) a sugestão de integrar a produção francesa e alemã de carvão e aço. A proposta oficial do Ministro, o Plano Schuman, levou à constituição da Comunidade Econômica do Carvão e o Aço (CECA). Este pode ser considerado o primeiro passo concreto no caminho da unidade européia. Monnet, posteriormente, foi eleito

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 106

²⁵ Sobre o histórico integracionista consultar CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; **Manual de Direito Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

presidente da Alta Autoridade que dirigiu a CECA. Comemora-se a cada dia nove de maio o Dia Da Europa.

A segunda data memorável dessa construção foi dezoito de abril de 1951, data da assinatura do Tratado de Paris que constituiu a CECA. Entrou em vigor em julho de 1952 e tinha seis países membros na altura (França, Alemanha, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo). Tinha forte índole supranacional desde o seu início, tanto que seu órgão mais importante, a Alta Autoridade não era formada por representantes de todos os países-membros e detinha mais poderes de decisão e execução que a Comissão Européia, órgão que defende os interesses supranacionais da União Européia, enquanto o órgão estadual da CECA recebia apenas competência consultiva. Outro fator que indica a força da comunidade é seu orçamento alimentado por recursos próprios²⁶.

As regras de concorrência no Tratado de Paris estão compreendidas entre os artigos 60º a 67º²⁷ e sua aplicação era limitada às indústrias de carvão e aço, recursos estes tradicionalmente utilizados para guerra e considerados setores estratégicos na pacificação européia. A CECA visava controlar o poder dessas indústrias e suas regras como já dito, tinham caráter supranacional, sendo aplicáveis diretamente para todas as empresas desses setores nos Estados-membros. Ou seja, substituíram-se de todas as regras de concorrência nacionais relativas às empresas de carvão e aço para as regras comunitárias. Essa escolha é devida em parte ao contexto político de supranacionalidade e às características desses setores: envolviam cerca de 400 empresas apenas, que possuíam alto potencial de afetação ao comércio entre os Estados-membros, dada a tendência para a exportação.

Como será estudado adiante, no Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia (CEE), hoje denominada Comunidade Européia (CE), não há substituição das regras de concorrência nacionais pelas comunitárias, mas a coexistência entre estas, em uma rede complexa de cooperação entre a Comissão, as autoridades e tribunais nacionais.

²⁶ A CE (ainda CEE) apenas passou a dispor de recursos próprios a partir de 1970 quando foi substituído o sistema de financiamento através das contribuições dos Estados-membros. Nessa mesma ocasião institui-se um orçamento único para as Comunidades (CEE, CEEA e CECA).

²⁷ Tais artigos, assim como o sumário e o preâmbulo do Tratado de Paris, em versão original em francês estão disponíveis em < <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>>. Acesso em 09 de Abril de 2009.

No Tratado de Paris os art. 60º a 64º (Capítulo V) regulamentam a fixação dos preços, os art. 65º e 66º (Capítulo VI) versam sobre os acordos e concentrações de empresas e o art. 67º (Capítulo VII) trata das infrações.

O art. 81º do Tratado de Roma seguiu a estrutura básica do artigo 65º do Tratado de Paris, acrescentando a possibilidade de isenções. O art. 82º do Tratado de Roma, que proíbe o abuso da posição dominante, é inspirado no art. 66º do Tratado de Paris, contendo os mesmos exemplos de condutas abusivas.

O Tratado estabelecia para a CECA termo de 50 anos, alcançado em vinte e três de julho de 2002. As indústrias de carvão e de aço passaram a ter seu funcionamento controlado pelo regime comunitário e os fundos da CECA foram transferidos para a UE e são utilizados em pesquisa nesses setores.

Em vinte e cinco de março de 1957 deu-se mais um grande passo integracionista, a assinatura dos Tratados de Roma fundadores da CEE e da Comunidade Européia da Energia Atômica (CEEa) – hoje chamada de Euratom - que entraram em vigor em quatorze de janeiro de 1958. A CE tem objetivos muito mais ambiciosos que a CECA: lança o Mercado Comum Europeu com as liberdades de circulação de fatores de produção (mercadorias, trabalho, serviço e capitais) e algumas políticas comuns. O tratado da CEEa tem apenas três artigos a respeito da formação dos preços, art. 67º a 69º, e nenhuma outra referência a regras de concorrência.

Desde 1957 até a assinatura do próximo Tratado Constitutivo em 1992 a Comunidade avança notavelmente e, segundo ensinamentos do Prof. Gorjão-Henriques, passa pelos períodos de implantação, ampliação, sedimentação, e com a UE entra na fase de evolução.²⁸

Em sete de fevereiro de 1992 ocorre a assinatura do Tratado de Maastricht, fundador da União Européia (UE), entrando em vigor em novembro de 1993. A UE congrega numa só entidade as três Comunidades (Euratom, CECA, CEE) e as cooperações institucionalizadas nos domínios da política externa, defesa, polícia e justiça numa estrutura apelidada de templo grego²⁹. A Comunidade Económica Européia passa a ser designada apenas por Comunidade Européia enfatizando a

²⁸ GORJÃO - HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**: sumários desenvolvidos. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

²⁹ A UE, como um templo grego, tem em sua base os tratados comunitários; seus três pilares são o domínio comunitário, a Política Externa e de Segurança Comum e a Cooperação judicial e policial em matéria penal. Tais pilares representam políticas distintas com sistemas diferentes de tomada de decisão.

evolução da integração europeia, que já não se restringe ao âmbito económico. O Tratado de Maastricht lança a cidadania europeia, cria a União Económica e Monetária, institui novas políticas comunitárias (educação, cultura, saúde pública, defesa dos consumidores, dentre outras), alarga as competências do Parlamento Europeu (através do procedimento de co-decisão) e abre espaço para a *integração diferenciada* na matéria de União Económica e Monetária.

A UE traz também a ampliação dos fins comunitários:

União Económica e Monetária, o desenvolvimento económico harmonioso e equilibrado, a manutenção do crescimento não inflacionário respeitando o meio ambiente, maior nível de emprego e de proteção social, o aumento da qualidade de vida e a coesão económica e social e solidariedade entre os membros³⁰

O mais recente grande passo na integração comunitária é o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de Dezembro de 2007. O Tratado previa ratificação por todos os Estados-Membros até o final de 2008 para entrada em vigor em Janeiro de 2009, entretanto, isso não aconteceu. Cada país tem de respeitar o procedimento previsto em sua Constituição para a ratificação de Tratados internacionais e o único País que teve obrigatoriamente que passar por referendo popular foi a Irlanda. Este negou a ratificação em 12 de junho de 2008 quando 53% daqueles que compareceram às urnas optaram pela não ratificação. A negativa foi um golpe duro à integração comunitária, já com a confiança abalada desde a rejeição sofrida pelo Tratado que estabelece uma constituição para a Europa.

Em outubro de 2009 a Irlanda repetiu o referendo popular e dessa vez 67% dos votantes aprovaram o Tratado. Atualmente³¹ falta a assinatura presidencial da Irlanda para ultimar o processo de ratificação, situação semelhante à da República Tcheca em que já houve aprovação parlamentar em maio deste ano, só restando a assinatura presidencial. Todos os outros 25 Estados-Membros já ratificaram o Tratado.

Este estudo já trabalha com todas as alterações feitas pelo Tratado de Lisboa, por acreditar em sua breve entrada em vigor.

Os principais objetivos deste Tratado são aumentar a democracia, a eficácia da atuação da UE e a sua capacidade para enfrentar os atuais desafios globais.

³⁰ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de defesa da concorrência**: Mercosul e União Europeia. Barueri, SP: Manole, 2003. p.36

³¹ Até a data de 16/10/2009.

Este Tratado tenta responder às críticas e discussões que geradas pelo "Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa". Este Tratado foi assinado em Roma, em 29 de Outubro de 2004, mas não entrou em vigor, pela falta de ratificação de todos os Estados-Membros.

O Tratado de Lisboa alterou os dois tratados fundamentais da União Europeia: o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia. Este último foi rebatizado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante designado "TFUE").

As regras de comunitárias de concorrência constam no TFUE, entre os artigos 101º a 109º³² sem nenhuma alteração diante dos art. 81º a 89º da versão consolidada do Tratado de Roma.

1.2.2. Primeiro momento. Concorrência como instrumento para a integração regional

O Tratado de Roma, em sua primeira versão trazia no art.2º a missão da Comunidade:

Art.2º: A Comunidade tem como missão promover, pelo estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados-membros, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no seio da Comunidade, uma expansão económica contínua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram³³.

Tal artigo foi substituído, na substância, pelo artigo 3º do Tratado UE. Este enumera vastos objetivos para a União Europeia, e por sua importância central no sistema comunitário será citado na íntegra neste trabalho:

Art.3º. 1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos.

2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria

³² Para facilitar o estudo, como será objeto de constante referência, consta no ANEXO 1 o Título VII (As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações) do TFUE, art. 101º ao art. 118º.

³³ Versão de 1957, em português de Portugal, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>>. Acesso em 09 de Abril de 2009.

de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.

3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.

A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança.

A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-membros.

A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu.

4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro.

5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas.

6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados.³⁴

A comparação entre os artigos mostra a ampliação da missão comunitária, ocorrida progressivamente. Entretanto, já 1957 era uma missão ampla e para a sua realização primeiramente foi necessária a criação de um mercado comum com liberdade de circulação dos fatores de produção. Essa criação teve suporte das demais políticas comunitárias, em especial da política agrícola, comercial e a de concorrência.

Já citada no Preâmbulo do Tratado de Roma, a política comunitária de concorrência tinha sua base no art. 3º³⁵:

³⁴ Versão consolidada após alteração pelo Tratado de Lisboa, em português de Portugal, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>>. Acesso em 09 de Abril de 2009.

Art. 3º: Para alcançar os fins enunciados no artigo anterior, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: (...)

f) O estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum; (...)

No início da integração as barreiras estavam sendo retiradas e naturalmente as empresas buscavam formas de auferir mais vantagens. Apesar da crescente supranacionalidade do mercado europeu desde a Segunda Guerra Mundial ainda subsistiam muitas diferenças entre os mercados nacionais e as empresas poderiam facilmente se aproveitar dessa situação para falsear a concorrência e burlar a criação de um verdadeiro mercado comum.

As empresas estavam acomodadas aos mercados nacionais, muitas vezes protegidas pelos Estados. Com o mercado comum as empresas tiveram de buscar outras formas de continuar a lucrar e observa-se que as empresas têm uma criatividade imensa (se é que se pode atribuir essa característica tão humana a uma personalidade jurídica) e buscaram estar sempre um ‘passo a frente’ na busca para obter vantagens, muitas vezes prejudicando os consumidores. O Estado tem que assumir papel ativo, fazer sua pesada máquina lenta continuar na corrida e evitar maiores disparidades.

Nesse sentido, a Comissão, em comunicado oficial, destaca o papel comunitário na regulação da economia “garantindo que as fronteiras a serem abertas não sejam substituídas por mercados fechados resultantes de práticas comerciais restritivas ou de ações protecionistas dos Estados.”³⁵

Este mercado comum pode proporcionar várias conseqüências benéficas aos Estados-membros e por isso sempre foi defendido com vigor. O melhor aproveitamento dos recursos dos países, bem como o fortalecimento de suas economias, permite garantir o desenvolvimento conjunto, objetivo último da integração. Isto é alcançado com a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais (quatro liberdades fundamentais) em que os agentes econômicos têm possibilidade de se estabelecer no local mais vantajoso, reduzir custos e gerar mais eficiência microeconômica através da especialização pelas empresas no exercício

³⁵ O Tratado de Lisboa alterou a disposição das políticas comunitárias no TFUE, separando-as por competência, entre os art. 3º a 6º. A política de concorrência consta no art. 3º: “1. A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios: (...) b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; (...)”

³⁶ CEE, Cf. **XVI e Rapport sur la politique de concurrence**. Bruxelles, 1987. p. 14

das atividades às quais estão mais aptas. Assim, as indústrias aumentam a produtividade, a competitividade interna e internacional, reduzindo custos e por vezes ao atingir economias de escala³⁷.

Grande parte dessas vantagens só poderia ser auferida através da efetiva concorrência em um mercado comum que, por sua vez, só poderia ser realizado sob a égide do princípio da economia de mercado aberto e de livre concorrência. Este é um princípio comunitário desde a sua fundação, mas só incluído expressamente no corpo dos Tratados constitutivos através do Tratado de Maastrich nos nº 1 e 2 do art. 4º, 98º e 105º TCE, sendo a base do que os autores chamam de quinta liberdade³⁸:

Sem a efetivação deste princípio poderia verificar-se a permanência ou a criação de mercados restritos, fechados, e de barreiras artificiais ao comércio intracomunitário através de acordos entre empresas, a exploração abusiva de posições dominantes no mercado, com efeitos restritivos sobre a competição empresarial, bem como a realização de operações de concentração danosas da concorrência. Do mesmo modo, também certos auxílios concedidos pelos Estados a empresas ou sectores de produção mostram-se incompatíveis com o mercado comum porque deformadores da concorrência e do comércio intracomunitário³⁹

Galvada e Parléani afirmam, inclusive, que dada a sua importância, a liberdade de concorrência integra a ordem pública econômica da UE.⁴⁰ Outros autores, como Constantinesco, vão adiante e fazem uma analogia com as constituições econômicas nacionais e defendem que a ordem jurídica comunitária tem também uma constituição econômica, cujos objetivos, instrumentos, valores e princípios fundamentais se localizam na Parte 1 do TFUE, intitulada 'Princípios'.⁴¹ Na mesma linha de pensamento está Calixto Salomão Filho:

O direito concorrencial assume, assim, caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas visando à garantia de igualdade de

³⁷ Sobre os benefícios econômicas das economias de escala consultar Capítulo 2 de: MARQUES, Alfredo. **Economia da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2006

³⁸ A liberdade de concorrência como quinta liberdade fundamental na União Europeia é tese de Doutorado de Augusto Jaeger Junior.

³⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5.º ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006.

⁴⁰ GALVADA, C.; PARLÉANI, G. **Droit Communautaire des Affaires**. Paris: Litec, 1988. p.271 *Apud* SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5.º ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006.

⁴¹ Deve-se ter em mente que essa analogia não pode ser levada às últimas consequências afinal as bases comunitárias são convenções de direito internacional. L.S. Constantinesco, << La constitution économique de la CEE>>, *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1977, p. 252 e ss. *Apud* SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5.º ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006. p.89.

condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam no espaço econômico comum. A principal preocupação do direito concorrencial de origem comunitária é a garantia das condições estruturais da concorrência, *i.e.*, as condições de acesso e permanência no mercado dos agentes.⁴²

Falar que as regras de concorrência serviram nesse primeiro momento como instrumento formador do espaço econômico comum europeu não nega outros objetivos perseguidos e atingidos com a mesma política. Apenas quer dizer que nesse primeiro momento tais regras tinham esse fim primordial integrador, ao garantir a efetiva competição entre os agentes econômicos.

Nesse tipo de Comunidade [de integração] o direito concorrencial desempenha papel fundamental. Inexistindo um poder estatal organizado ou com força suficiente para dirigir e sequer fiscalizar a atividade econômica na esfera comunitária, o mercado basicamente deve-se autocontrolar. Daí a predominância, nesse tipo de estrutura, da idéia ordo-liberal do direito concorrencial como corpo de regras necessárias para garantir o autocontrole da esfera privada. Esse autocontrole é necessário para que a garantia das liberdades comunitárias de circulação seja real e não meramente formal. De nada adianta afirmar a liberdade de circulação de mercadorias ou, então, afirmar a liberdade de circulação de capitais se se permite a criação ou a utilização de posições dominantes de maneira a criar barreiras à entrada de produtos concorrentes de outro Estado-Membro.

(...) A principal preocupação do direito concorrencial de origem comunitária é a garantia das condições estruturais da concorrência, isto é, as condições de acesso e permanência no mercado comum dos agentes.⁴³

Na construção do direito comunitário de concorrência original, na época do Tratado de Roma, os Estados-membros pouco intervieram, talvez pelo papel marginal que a concorrência ocupava dentro dos ordenamentos jurídicos destes países na época⁴⁴. As instituições comunitárias tiveram uma maior margem de manobra para a criação dos art. 85º, 86º e do Regulamento 17/1962 que instituiu o regime processual de execução de tais artigos, o que possibilitou certa centralização de competências. O art. 85º e art. 86º eram aplicados pela Comissão e pelos

⁴² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001

⁴³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.41.

⁴⁴ Na pg.36 a autora acusa os Estados-membros de pouca experiência em matéria de concorrência e por esse motivo deixaram o assunto a cargo da Comunidade. MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Um Curso de Direito da Concorrência**. Coimbra: Coimbra ed., 2002

Tribunais nacionais, mas apenas a Comissão poderia aplicar o nº 3 do art. 85º (exceções à proibição genérica de acordos, decisões e práticas concertadas entre empresas capazes de falsear a concorrência no mercado interno). A Comissão tinha também o importante papel de criar e desenvolver todo o sistema substantivo e processual do direito da concorrência (afinal a política de concorrência não é feita somente das regras do Tratado e precisa de muitos outros instrumentos para sua realização). Nessa tarefa recebeu grande auxílio do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) que em seus acórdãos enunciou princípios e valores gerais. Os tribunais e autoridades nacionais tinham apenas papel residual.

Principalmente na década de sessenta a Comissão focava na eliminação de práticas comerciais que pudessem afetar a integração regional, como a repartição de mercados e a realização das quatro liberdades fundamentais, objetivos expressos no Caso *Costen/Grundig*⁴⁵. Pode-se notar, com exceção do notório Caso *Continental Can*⁴⁶, que o controle de abusos de posição dominante foi escasso, representando a vontade política de reforçar o peso econômico das empresas de origem comunitária e também as dificuldades técnicas de interpretação do conceito de abuso de posição dominante⁴⁷.

De acordo com Maria Manuel Leitão Marques, as regras de concorrência recebem outra perspectiva depois da crise do petróleo da década de setenta, modificando completamente o contexto econômico e político vigente. Os Estados-membros são assombrados por altas taxas de desemprego e procuram proteger as atividades econômicas nacionais e restou ao TJCE grande trabalho para manter firme o objetivo da integração. Nessa fase as autoridades nacionais se apegaram ao conceito de “workable competition” e decidiam caso a caso para realizar objetivos políticos imediatos, mas ainda refletindo o objetivo central de integração.

Na década de oitenta, uma vez mais, o direito comunitário de concorrência é afetado, dessa vez pelas políticas de liberalização, desregulação e privatização, encabeçadas pelo Reino Unido de Margaret Thatcher e logo seguidas por outros países europeus. Suscitaram uma apertada aplicação do regime derogatório das

⁴⁵ Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em 13 de Julho de 1966. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0056:PT:NOT> >. Acesso em 09 de abril de 2009.

⁴⁶ Europemballage Corporation e Continental Can c. Comissão. Caso 6-72 de 21/02/1973. Disponível em < [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972O0006\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972O0006(01):EN:HTML) >. Acesso em 10 de abril de 2009.

⁴⁷ MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Um Curso de Direito da Concorrência**. Coimbra: Coimbra ed., 2002, p. 37.

disposições fiscais (art. 110º TFUE) às empresas públicas e um controle mais rigoroso dos auxílios concedidos pelos Estados. Nesse cenário que foi aprovado pelo Conselho o Regulamento das concentrações de 1989, depois de difícil consenso e pressão da Comissão e do TJCE.

1.2.3. Segundo momento. Concorrência como instrumento de desenvolvimento da União Européia

A unificação do mercado interno alcançada quase que totalmente na data simbólica de 01 de Janeiro de 1993 anunciou um segundo momento para a política de concorrência comunitária, já que a integração deixa de ser a preocupação central. Torna-se mais visível o possível conflito entre a política de concorrência e outras políticas comunitárias, como a industrial, comercial e desenvolvimento. Outro fator importante para a modernização da política de concorrência foi a idéia de alargar a Comunidade e a necessidade de operacionalização de tais regras.

A partir de então se exigiu cada vez mais a descentralização de competências e fundamentação econômica das decisões e, diminuindo a liderança do TJCE. Nesse cenário é aprovado o Regulamento 01/2003 que substitui o Regulamento 17/1962, com grande descentralização na aplicação das regras comunitárias de concorrência e criação de rede complexa de cooperação na matéria entre a Comissão, as autoridades e tribunais nacionais.

As novas necessidades de uma Comunidade alargada e com sede de desenvolvimento fez com que a política de concorrência se tornasse um instrumento de realização das demais políticas comunitárias, de modo a alcançar a missão da Comunidade. Vê-se uma diversificação de propósitos a buscar, com ênfase na proteção das liberdades comunitárias já atingidas e reforço das atividades econômicas comunitárias.

A doutrina nacional destaca os objetivos amplos perseguidos com auxílio da política de concorrência, uma vez que a formação do espaço comum já não demanda tanta atenção:

A CEE (UE), tendo ultrapassado a fase de consolidação do mercado comum, e procurando ganhar unidade em sua política industrial, passa a incorporar, a partir dos anos 80, entre os objetivos comunitários – sobretudo a partir da assinatura do Tratado de Maastricht – a promoção da

competitividade internacional das empresas européias e outros objetivos de política industrial.⁴⁸

Com as quatro liberdades em pleno funcionamento a concorrência leva à escolha do local mais vantajoso para a produção, diminuição dos custos, aumento da eficiência microeconômica e especialização no exercício das atividades, que por sua vez, faz com que o agente econômico só continue as atividades para as quais está mais apto, permitindo o desenvolvimento conjunto, que é o objetivo último da União Européia.

Dessa forma, a concorrência na UE sempre terá como objetivo garantir o funcionamento do mercado comum criado pela integração econômica e política, mas hoje pode buscar ainda outros objetivos macro-econômicos, como mencionado na primeira parte deste capítulo.

A conclusão parcial, atingida neste capítulo, é que a concorrência é princípio basilar do mercado comum europeu, que por sua vez é fundamental para a integração neste continente. Essa é razão para a criação e defesa de um sistema de concorrência no bloco econômico.

Qual tipo de concorrência defendida pela UE é tema do próximo capítulo.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001. p.107.

Capítulo 2: A concorrência

As funções da concorrência no mercado e sua utilização como política pública de conhecidos benefícios foi discutida no primeiro capítulo. Agora serão discutidos mais profundamente o conceito de concorrência, a sua função e o sistema pelo qual é feita a sua proteção.

2.1. Função da concorrência

A função da concorrência é discutida tradicionalmente por duas teorias, a da concorrência-condição e a da concorrência-instrumento.

2.1.1. Concorrência-condição

Essa teoria tem a sua origem na escola clássica inglesa e aplicada no sistema americano através do controle de ilicitude, estudado adiante. Aqui se entende a concorrência como um fim em si mesmo, um valor absoluto porque só através dele que se vê progresso e equilíbrio econômico. Tende a privilegiar uma noção estrutural da concorrência.

O sistema americano de defesa da concorrência tem seu primeiro grande diploma em 1890 com o Sherman Act que continua em vigor. Este foi complementada pelo *Federal Trade Act* de 1914, pelo *Clayton Act* de 1914 e pela lei de *Webb-Pomerene* 1918. O Sherman Act proíbe todo acordo ou prática que restrinja de forma significativa a concorrência. O Clayton Act proíbe toda a tentativa de monopolizar determinado mercado.

A rigidez era a característica maior desse sistema, atenuada pela jurisprudência através da *rule of reason*, ‘regra da razão’, presente nos famosos casos *Standard Oil*⁴⁹, *American Tobacco*⁵⁰ e *Chicago Board of Trade*⁵¹. A razoabilidade é estudada por vários critérios, principalmente pela capacidade do acordo de gerar concorrência no futuro.

⁴⁹ Standard Oil Co. of N. J. v. United States. UNITED STATES REPORTS. **United States Supreme Court Cases**. Volume 221.

⁵⁰ United States v. American Tobacco Co. UNITED STATES REPORTS. **United States Supreme Court Cases**. Volume 221.

⁵¹ Chicago Board of Trade v. United States. UNITED STATES REPORTS. **United States Supreme Court Cases**. Volume 246.

2.1.2. Concorrência-instrumento

Segundo esta teoria a concorrência não é um valor em si mesmo, mas um meio normal, eventualmente privilegiado para obtenção do equilíbrio econômico. Segundo essa teoria a concorrência não é um valor absoluto e pode ser sacrificada em nome de outros valores. Essa teoria é normalmente associada com o sistema de controle, ou os sistemas mistos em que à partida não há ilicitudes nas práticas ou acordos. A condenação não é automática, da prática por si mesma.

Esta teoria teve grande repercussão na Europa. A legislação portuguesa de 1925 proíbe as práticas restritivas de concorrência, mas atribui à administração o poder discricionário de autorizar determinadas práticas restritivas. Após a 2ª grande guerra o apoio a tal teoria cresceu ainda mais, notadamente na França, com as leis de 1953 e 1977, que autorizavam práticas anticoncorrenciais desde que contribuíssem para o progresso econômico e social do país. Também se afiliavam a esta teoria a lei inglesa de 1956 e a alemã de 1957⁵².

Na doutrina nacional, Maria João Pereira Rolim defende a teoria da concorrência-instrumento:

A concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica à medida que trouxer benefícios para o consumidor e servir como valor-meio, ou seja, um instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do País como um todo.⁵³

Um exemplo da aplicação desta teoria é o sistema francês, que faz a separação entre cooperação empresarial com resultados positivos, chamada de 'entente'; e aquela que traz resultados negativos, conhecida como cartel. Tal classificação é feita através de um balanço econômico caso a caso, dando oportunidades em relação aos comportamentos.

2.2. Sistemas de proteção

A forma como é feita a defesa da concorrência deve-se primeiramente à teoria adotada pelo sistema. O valor que este bem assume, frente aos outros valores

⁵² ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito de concorrência nas comunidades européias**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992. p. 21.

⁵³ ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 206.

adotados pela legislação influi no sistema de proteção que é dado. Também influi a capacidade de controle do agente regulador.

2.2.1. Sistema de ilicitude, perigo ou prevenção de danos

Neste sistema a regra geral é a ilicitude de acordos de cooperação ou concentração tendentes a causar prejuízo à concorrência. Há ligação entre essa forma de controle com a teoria da concorrência-condição:

Daí estabelecerem uma <proibição genérica e *a priori* de todos os acordos e práticas susceptíveis de atingirem a estrutura concorrencial do mercado, combatendo-se, portanto, a concentração através da proibição das práticas que a ela possam conduzir>. Este sistema (da *per se condemnation*) abstrai dos resultados efectivos das restrições à concorrência, para centrar a sua atenção no *perigo* que estas, por si mesmas, representam.⁵⁴

Característica do sistema norte-americano é negar legalidade *a priori* a todos os acordos ou práticas que possam afetar a concorrência. No entanto, como já dito, essa regra é atenuada pela prática jurisprudencial, com a aplicação da regra da razão, buscando punir apenas aquelas práticas que causem danos efetivos à concorrência, ou que, causando dano atual possam aumentar a concorrência no futuro.

Este sistema dá uma resposta rápida aos possíveis danos à concorrência, e tal ação rápida evita que haja danos irreversíveis à economia. Todos os acordos ou práticas potencialmente lesivas devem passar por controle administrativo ou judicial antes da sua realização. Apesar do benefício da resposta rápida, abre-se a discussão sobre a necessidade de flexibilizar o sistema, que certamente necessita de práticas ou acordos que lesem a concorrência, mas tragam outros benefícios para a economia e população (teoria da concorrência-instrumento) ou mesmo que gere mais concorrência no futuro (teoria da concorrência-condição). Estes, para se realizar vão ter primeiramente que passar pelo crivo do sistema, o que pode demorar, atrasando também os efeitos positivos que pode gerar. Entretanto é muito difícil a análise de um ato de cooperação ou concentração econômica enquanto este somente está no plano abstrato. Por vezes o acordo dá forças para gerar lesões à concorrência, mas na prática usam-se estes poderes sobre o mercado para fins aceitáveis e sem nenhuma lesão à concorrência.

⁵⁴ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5.ª ed. rev. e actual. Coimbra, Almedina, 2006. p.319.

Outra forte crítica que se faz a este sistema se dá pela imensa quantidade de trabalho que gera ao órgão fiscalizador, o custo e tempo necessário para que este analise todos os casos. Se esta análise for lenta penalizam-se os agentes econômicos que podem perder a oportunidade que se abre e sofrer defasagem frente aos concorrentes, afinal a economia de mercado exige respostas rápidas dos agentes.

2.2.2. Sistema de controle, abuso ou repressão do dano efetivo

Neste sistema toda proibição de acordos ou práticas anticoncorrenciais é feita *a posteriori*, constatado no caso o dano efetivo para a economia nacional, interesse público ou os demais valores eleitos por aquele sistema normativo. É, portanto um sistema que privilegia o comportamento efetivo dos agentes econômicos. Vê a concorrência como um bem entre outros que pode, em certas circunstâncias, ser afastada em nome da proteção de outros bens ou da realização de outros fins socialmente relevantes. Por isso que este sistema não pretenda abstratamente combater os acordos ou práticas de domínio do mercado com concentração econômica, procura apenas reprimi-los quando concretamente se revelem prejudiciais à concorrência não justificados por outras razões sociais ou econômicas, eleitas pelo sistema.

Neste sistema dá-se mais liberdade aos agentes econômicos para operarem no mercado, cientes de que caso haja dano à concorrência serão reprimidos. Assim os agentes podem com seus atos demonstrar que apesar da potencialidade do dano, não há dano efetivo. O maior problema é que controle *a posteriori* por vezes condena atos de grande prejuízo e difícil reversão. Principalmente em casos de fusão empresarial é muito difícil separar as empresas e fazê-las voltar ao estado anterior ao da fusão.

Fortemente relacionado com a teoria da concorrência-instrumento, foi adotado na Bélgica, Holanda e países nórdicos.⁵⁵

⁵⁵ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito de concorrência nas comunidades européias**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992. p. 20.

2.2.3. Sistema misto

Essa separação entre sistemas e teorias da concorrência, há de se notar, é mais didática que real. A grande maioria dos países atualmente segue algum tipo de sistema misto, temperado com as duas formas de controle. Não se pode dizer que todos aqueles países que adotam a teoria da concorrência-condição seguem o sistema de ilicitude, muito menos o contrário.

Não é possível definir, anotar as características de um sistema misto. Só é possível dizer o que ele não é e esse seria um 'conceito às avessas' que, na verdade, nada conceitua. Não se trata, portanto de nenhum dos sistemas puros acima. Há combinação das duas técnicas de proteção da concorrência, dependendo da situação. Algumas práticas são proibidas a priori, enquanto outras merecem o cuidadoso estudo dos efeitos obtidos concretamente, depois que a prática foi realizada. Sistemas mistos procuram adaptar o controle à realidade do sistema normativo, buscam juntar as qualidades, e evitar os conhecidos defeitos de ambos.

Os sistemas da lei inglesa, alemã, francesa, portuguesa, e comunitária, assim o são.

2.3. A concorrência na União Européia

A definição de concorrência não é dada pelos Tratados Comunitários. Mas ao examinar a aplicação desta no direito comunitário é possível entender a sua natureza. Segundo Augusto Jaeger Júnior, há três modelos pelos quais a concorrência pode ser definida. A primeira entende que a concorrência deve assegurar a larga difusão do poder econômico em que a liberdade do mercado assegura que os consumidores e as empresas tenham mais liberdade de escolha. A segunda linha busca uma concorrência perfeita e pura. Já a terceira via busca uma concorrência praticável, afinal não considera ser possível alcançar a concorrência pura e perfeita da teoria.⁵⁶

Na União Européia busca-se algo mais realista, a concorrência deve ser praticável, que não é um fim em si mesma, mas um instrumento comunitário:

⁵⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006. p.40.

A noção de concorrência não é abstrata. Deve ser vista numa forma evolutiva, aberta a adaptações. Tal objetivo consegue-se através do recurso à interpretação teleológica ou finalista.⁵⁷

O sistema comunitário pode ser considerado como um sistema misto ou heterogêneo porque foi influenciado por ambas as teorias e sistemas de defesa da concorrência.

De facto, aí se combina o sistema de proibição do dado potencial, mas com controlo *a priori* para o caso dos acordos e práticas concertadas entre as empresas, com o sistema da proibição do dano real com controlo *a posteriori* para o caso dos abusos de posição dominante no mercado.⁵⁸

A prática da União Europeia, pela Comissão e pelo TJUE deixa claro que não se busca uma concorrência perfeita, apenas uma concorrência eficaz, com um grau de concorrência que assegura o dinamismo e a abertura mínima dos mercados, respeitada as exigências dos Tratados. O caso mais emblemático neste assunto é o *Metro-Saba*⁵⁹ em que o Tribunal de Justiça, apesar de haver restrição da concorrência, autorizar a cláusula em que a *Saba* (empresa de eletrônicos alemã) impunha aos atacadistas a distribuição de seus produtos. Verificou-se que o acordo traria possível aumento de mercado e, principalmente manutenção de empregos, valor social comunitário.

O que se busca é a proteção contra a supressão da própria concorrência. Essa idéia não pretende assegurar o maior número de empresas independentes, mas preservar um número suficiente delas para que os utilizadores e consumidores tenham uma razoável possibilidade de escolha, já que mais empresas não é sinónimo de melhor concorrência.⁶⁰

Já o primeiro tratado comunitário, o Tratado da CECA, sofre influência do direito *antitrust* estadunidense e também das legislações dos Estados-membros. As regras do TCECA, por sua vez, influenciaram as regras no Tratado de Roma (TCE), hoje presentes entre os art. 101 a 109 do TFUE. Pode-se dizer que há uma cadeia de influências até o texto atual, mas não é só o texto que faz a norma e o Tribunal de Justiça teve papel de destaque na construção e adaptação do sistema comunitário hoje vigente.

⁵⁷ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito de concorrência nas comunidades europeias**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992. p. 65.

⁵⁸ MONCADA, L. C., **Direito Económico**, Coimbra: Coimbra Ed., 3ª ed, 2000, p. 375.

⁵⁹ Acórdão Metro-Saba. Caso 75/84. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0075:EN:HTML> >. Acesso em 15 de julho de 2009.

⁶⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. A liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul. São Paulo: LTr, 2006. p.41.

O *caput* do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. No mesmo artigo, no §3 há autorizações dos mesmos desde que:

- (...) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
 - a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
 - b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Ou seja, todos os acordos de cooperação económica considerados ilícitos pelo artigo 81 números 1 e 2 podem ser autorizados, desde que cumpridos os requisitos presentes no número 3 do mesmo artigo. Este artigo evidencia a importância dos outros valores eleitos pelo direito comunitário, estudados no capítulo anterior. A concorrência é um instrumento do direito comunitário, para a integração regional e para o cumprimento da missão da União Europeia. A respeito desta isenção trata Jorge de Jesus Ferreira Alves, citando, entretanto, a numeração do Tratado vigente em 1992:

A teoria da concorrência-instrumento permite ir mais longe que a *rule of reason*, pois um acordo pode ser mais útil para o progresso económico do que o cumprimento insensível das regras de concorrência estrita. O nº 3 do artigo 85 do Tratado de Roma permite considerar interesses que, directa ou indirectamente, pouco têm a ver com a concorrência, mas sim com os objetivos gerais da Comunidade e até objetivos que não constam do Tratado, v.g., ensino das línguas.⁶¹

O exemplo dado é confirmado pela decisão da Comissão de 17/11/81 no caso *Langenscheidt-Hachette* em que se permitiu criar um filial comum entre uma empresa de ensino de língua alemã e outra francesa.

⁶¹ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito de concorrência nas comunidades europeias**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992. p. 21.

Outro caso que deve ser citado é o *Kewa-United Reprocessors*⁶² em que a Comissão autorizou cartel de tratamento de combustíveis por 10 anos, praticamente extinguindo a concorrência no período, em nome da concorrência futura. Privilegiou-se aí a concorrência potencial.

A técnica vigente para controle das práticas anticoncorrenciais no direito comunitário depende da prática que está a estudar. Quando se trata de cooperação econômica, entra em cena o artigo 101 TFUE, com o regime de “exceção legal”, em seu §3º. Sobre abuso de posição dominante há o artigo 102, que não prevê nenhum tipo de isenção. O Regulamento (CE) 01/2003, que regula a aplicação destes dois artigos declara que os acordos ou práticas são proibidas por si se não se enquadrarem nas hipóteses do Tratado, não necessitando de decisão prévia que os autorize. O controle é feito posteriormente em processos individuais, pela Comissão Europeia, o TJUE, os tribunais e autoridades nacionais competentes para a matéria de concorrência. Assim, os atos contrários aos Tratados são automaticamente proibidos, não precisam de declaração. A atuação dessa extensa rede de controle e cooperação entre os Estados-membros e a União Europeia (criada pelo Regulamento 01/2003) serve para punir e reverter os danos causados. Ainda sim subsiste a possibilidade da Comissão se pronunciar sobre casos concretos de forma prévia, oficiosamente ou após denúncia. A autorização da Comissão é especialmente importante em acordos de dimensão comunitária e de difícil aplicação dos dispositivos comunitários, casos estes que a segurança jurídica é de especial relevo para o interesse público comunitário.

Já em relação aos atos de concentração econômica o controle adota outra sistemática, sendo prévio. A concentração empresarial pode ser benéfica, com uso racional dos recursos, desenvolvimento tecnológico que permita baixar os preços, aumentar a qualidade dos produtos e por vezes alcançar economias de escala.⁶³ Mas nem tudo é benéfico, as concentrações podem criar situações de monopólio, oligopólio ou controle do mercado. Tais situações prejudicam a concorrência e os consumidores e por isso devem ser evitadas.

Os tratados comunitários não prevêem expressamente mecanismo de controle das concentrações empresariais. Essa “lacuna” é considerada por muitos

⁶² Decisão da Comissão de 23/12/1975, caso *Kewa-United Reprocessors* Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976D0249:EN:HTML> >. Acesso em 19 de julho de 2009.

⁶³ MARQUES, Alfredo. **Economia da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2006. p.110.

autores como proposital, como diretriz política de incentivo e reforço do tecido empresarial e industrial comunitário⁶⁴. A maior parte das empresas na Europa operava apenas em um País e, como fica claro no *memorandum* de 1965⁶⁵, desejava-se a concentração trans-fronteiriça, com incentivos à eficiência alocativa e produtiva e a competitividade internacional.

Na União Européia este controle, até 1989, era judicial, com aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado das Comunidades Europeias (atuais artigos 101º e 102º). Havia a tese de que as concentrações empresariais trariam abuso de posição dominante, conforme artigo 82º. Esse sistema subsidiário e indireto apresentava um grande defeito, era feito *a posteriori*. Só havia análise das concentrações que afetassem o mercado comum ou parte substancial deste após a sua realização, sem um mecanismo para a prevenção destes. E como se percebeu, o controle *a posteriori* por vezes condena atos de difícil reversão.

Ciente dessas deficiências a Comissão Européia elaborou pela primeira vez em 1973 uma proposta de Regulamento em que o controle das concentrações seria prévio. Enquanto isso o Tribunal de Justiça aplicou os artigos já mencionados a casos de grande repercussão. Esta experiência mostrou que os artigos 81º e 82º serviam como diretrizes gerais para o controle de cartéis, mas se mostram insuficientes para cumprir essa função. Essa situação pressionou os Estados-membros para a aprovação o Regulamento nº 4064/89.

Hoje o sistema é regido pelo Regulamento nº 139/2004, chamado 'Regulamento das concentrações comunitárias', que prevê controle prévio com incentivo às concentrações empresarias para fortalecimento dos objetivos comunitários e da competitividade internacional da União Européia, conciliado com a prevenção de atos que prejudiquem a concorrência no mercado comum ou parte substancial deste. Este regulamento foi aprovado com o objetivo de se prepara diante dos desafios do alargamento de 2004. Neste, admite-se a pressão liberalizante e globalizante para as concentrações econômicas, desde que respeitando a missão comunitária e a concorrência efetiva e dinâmica.

Conforme o número 7 das considerações do Regulamento 139/2004:

⁶⁴ GORJÃO - HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**: sumários desenvolvidos. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 553, no mesmo sentido: JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 2006. p.399.

⁶⁵ *Memorandum* da Comissão de 01/12/1965.

Os artigos 81.º e 82.º, embora aplicáveis, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a determinadas concentrações, não são suficientes para abranger todas as operações susceptíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado. O presente regulamento deverá, por conseguinte, basear-se não apenas no artigo 83.º, mas principalmente no artigo 308.º do Tratado, por força do qual a Comunidade se pode dotar dos poderes de acção necessários à realização dos seus objectivos (...)

À Comissão, *guardiã dos Tratados*, cabe a tarefa de autorizar as operações de dimensão comunitária enquanto ao Tribunal de Justiça cabe o controle jurisdicional destas. Há obrigação das empresas em notificar a Comissão nestas situações, conforme nº 1 do artigo 4º do regulamento 139/2004:

As concentrações de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo.

A notificação suspende a operação que não pode ser realizada até que a Comissão a declare compatível com o mercado comum através de uma decisão ou pelo deferimento tácito⁶⁶.

Conclui-se neste capítulo que a União Europeia adere à teoria da concorrência-instrumento, com controle misto. Os artigos 101 e 102 do TFUE, sobre cooperação empresarial e abuso de posição dominante, respectivamente, têm efeito direto, com controle administrativo e judicial, *a posteriori* e concreto. Já as concentrações empresariais recebem um controle *a priori*, mas casuístico.

⁶⁶ O nº 6 do Regulamento Regulamento nº 139/2004 prevê que se a Comissão não tomar qualquer decisão nos prazos fixados presumir-se-á que a concentração é declarada compatível com o mercado comum, sem prejuízo da apreciação feita pelas autoridades e tribunais nacionais.

Capítulo 3. A regulação da Concorrência no Direito Comunitário

Já entendido os princípios que regem o sistema comunitário de concorrência, o tipo de concorrência perseguida e o sistema de proteção, este trabalho passa para a fase final, que envolve a compreensão da regulação e aplicação destas normas.

Estas normas podem ser divididas em dois blocos: as que se dirigem diretamente às empresas (privadas ou públicas) e aquelas que se dirigem aos Estados membros, para controlar a ação destes sobre o mercado. No primeiro conjunto de normas se encontra o estudo da cooperação empresarial (ou coligação⁶⁷) empresarial e abuso de posição dominante, presentes no direito comunitário originário; e as regras sobre concentração empresarial, oriundas do direito derivado e recente. Na divisão pelo destinatário da norma, a disciplina dos auxílios de Estado representa o segundo grupo de normas.

A disciplina das coligações empresariais encontra sua base no TFUE art. 101. A proibição do abuso de posição dominante no artigo 102. A aplicação de ambos tem principal base normativa no Regulamento 01/2003 do Conselho. Já o regime de concentrações empresariais, encontra-se principalmente nos regulamentos 139/2004 do Conselho e 772/2004 da Comissão. Sobre a atuação do Estado e os auxílios concedidos pelo poder público consultar os artigos 107 a 109 do TFUE.

3.1. Campo de aplicação

O território da União Europeia é definido pelo artigo 52º do TUE:

1. Os Tratados são aplicáveis ao Reino da Bélgica, à República da Bulgária, à República Checa, ao Reino da Dinamarca, à República Federal da Alemanha, à República da Estónia, à Irlanda, à República Helénica, ao Reino de Espanha, à República Francesa, à República Italiana, à República de Chipre, à República da Letónia, à República da Lituânia, ao Grão-Ducado do Luxemburgo, à República da Hungria, à República de Malta, ao Reino dos Países Baixos, à República da Áustria, à República da Polónia, à

⁶⁷ A doutrina nacional trabalha em geral com o termo cooperação empresarial, em contraponto com a concentração empresarial. Este trabalho usará o termo português, consagrada na doutrina comunitária e que corresponde melhor à realidade deste estudo.

República Portuguesa, à Roménia, à República da Eslovénia, à República Eslovaca, à República da Finlândia, ao Reino da Suécia e ao Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte.

2. O âmbito de aplicação territorial dos Tratados é especificado no artigo 355.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A primeira e mais lógica conclusão é que esse território define o campo de aplicação das normas relativas aos auxílios estatais, afinal os Tratados Comunitários, como qualquer Tratado de direito internacional público trazem obrigações aos seus signatários, e não a terceiros.

No que diz respeito às regras aplicáveis às empresas, há que se verificar se há possibilidade de afetação do comércio e a localização das práticas restritivas da concorrência.

3.1.1. O princípio do efeito anticoncorrencial

Os Tratados Comunitários exigem que haja possibilidade de afetação do comércio entre os Estados membros. O que importa aqui é a localização dos efeitos e não é necessário que todos os elementos do comportamento estejam presentes no território comunitário. Não importa, portanto a nacionalidade da empresa.

O critério dos efeitos exclui da apreciação as práticas realizadas por empresas comunitárias, mas que só possam afetar terceiros Estados. Da mesma forma, se aplica a praticas realizadas por empresas não-comunitárias, desde que repercutam no território da União Européia.

O artigo 101 do TFUE proíbe os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas que *sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros* e que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência *no interior do mercado comum*; o 102 do TFUE proíbe o abuso de posição dominante *no mercado comum ou em parte substancial deste*. Estas disposições do Tratado subordinam a aplicação das regras de concorrência à localização, no espaço comunitário do efeito anticoncorrencial.⁶⁸

A localização das sedes das empresas numa coligação é irrelevante, para determinação da aplicação da legislação comunitária de concorrência, desde que

⁶⁸ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; **Manual de Direito Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.606.

haja efeitos no mercado comum. Há decisão neste sentido desde 1972, no caso das matérias corantes:

125 the applicant, whose registered office is outside the community, argues that the commission is not empowered to impose fines on it by reason merely of the effects produced in the common market by actions which it is alleged to have taken outside the community .

126 since a concerted practice is involved, it is first necessary to ascertain whether the conduct of the applicant has had effects within the common market.

127 it appears from what has already been said that the increases at issue were put into effect within the common market and concerned competition between producers operating within it.

128 therefore the actions for which the fine at issue has been imposed constitute practices carried on directly within the common market⁶⁹.

No acórdão *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*⁷⁰ o Tribunal esclarece ainda que a participação de uma empresa não-comunitária em uma coligação não obsta a aplicação do art. 101 TFUE (na época, art. 81 do Tratado de Roma), “desde que o acordo produza os seus efeitos no território do Mercado Comum”⁷¹

Como será visto adiante, a disciplina relativa às concentrações comunitárias não está expressamente prevista nos Tratados, deve respeitá-los, mas sua disciplina é fruto de uma longa caminhada legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Para a aplicação dessas normas também não há respostas fáceis, há que se aprofundar no assunto. O regulamento 139/2004 prevê aplicação *a todas as concentrações de dimensão comunitária*, mais adiante, define os critérios para determinar se a concentração tem dimensão nacional ou comunitária. O critérios versam sobre o volume de negócios e a operação em mais de um Estado membro, e servem para eliminar conflitos de jurisdição entre a União e os Estados-membros e trazer segurança jurídica ao sistema.

⁶⁹ Acórdão de 14 de julho de 1972. Caso *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*. Caso 48-69. Disponível em < http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61969J0048&lg=en >. Acesso em 02 de setembro de 2009.

⁷⁰ Acórdão de 25 de Novembro de 1971, Caso *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export*. Caso 22-71. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61971J0022:EN:HTML> >. Acesso em 02 de setembro de 2009.

⁷¹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5 ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006. p.300.

A aplicação do princípio dos efeitos anticoncorrenciais às operações de concentração é recente julgada pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias em 25/03/1999 no Caso *Gencor v. Comissão*. A Comissão europeia declarou a fusão entre a empresa sul-africana Gencor e a britânica Lonrho incompatível com o mercado comum por comprometer a concorrência efetiva no mercado de metais pesados do grupo da platina. A Gencor recorreu ao Tribunal de Primeira Instância, questionando a jurisdição da Comissão no caso. O Tribunal afirmou que o âmbito de aplicação envolve toda concentração de dimensão comunitária, não exigindo que as empresas estejam estabelecidas na Comunidade ou que as atividades sejam realizadas dentro do território comunitário.

Ele (o Tribunal de primeira instância) declarou que elas (bases legais do Regulamento 4064/1989) não excluam da esfera de aplicação do Regulamento as concentrações relacionadas a atividades praticadas fora da Comunidade que tivessem por efeito a criação ou o fortalecimento de uma posição dominante em resultado da qual houvesse restrição significativa da concorrência efetiva no mercado comum.⁷²

O juízo determinou que a *“aplicação do regulamento é justificada sob o Direito Internacional Público quando é previsível que uma concentração proposta terá um efeito imediato e substancial na Comunidade”*⁷³.

A questão que resta é a execução dessas normas, que fica dificultada se a empresa não tiver sede no território comunitário. Nesse caso buscam-se filiais ou sucursais que possam ser responsabilizadas pelas atitudes da “empresa-mãe”, mas se isso não for possível surge grande problema de eficácia das decisões administrativas ou dos acórdãos.

3.1.2. A suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados membros

O campo de aplicação das regras de concorrência comunitária também foi limitada aos comportamentos das empresas *suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros*. O texto do TFUE, no artigo art.101 proíbe os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas que *sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros*; no art. 102

⁷² LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. **Direito Antitruste** - Aspectos Internacionais. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷³ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção Alargada) de 25 de Março de 1999 no Processo nº T-102/96, Gencor Ltd. C. Comissão das Comunidades Europeias, Colect. 1999, p. II-753.

proíbe o abuso de posição dominante *no mercado comum ou em parte substancial deste*; e o art. 107 determina que os auxílios estatais *são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros*. O regulamento das concentrações age da mesma forma, só sendo aplicável às concentrações de *dimensão comunitária*.

Há dois critérios de interpretação do termo “afetação do comércio entre os Estados-membros”. O primeiro é chamado de critério neutro, em que as medidas são aplicáveis tão logo uma prática restritiva da concorrência *altere as condições* das trocas comerciais comunitárias. O segundo impõe que haja prejuízo efetivo às trocas entre os Estados-membros para que o direito comunitário da concorrência seja acionado. O primeiro critério é adotado pela maioria da doutrina portuguesa⁷⁴. E também é, o critério mais neutro e amplo, que o Tribunal têm se inclinado a aceitar. Vinculando-se a uma perspectiva finalista que procura evitar os fluxos de serviços e mercadorias orientados artificialmente; que contribuam para a compartimentação do mercado e dificultem a interpenetração económica desejada pelos Tratados. Ou seja, é necessário que haja possíveis efeitos anticoncorrenciais no espaço comunitário. Não se exige que haja afetação em si, mas simplesmente a possibilidade de afetação, seja direta ou indiretamente e atual ou potencialmente. “*Algo mais do que a mera hipótese, algo menos do que uma realidade.*”⁷⁵

Nesse ponto aflora a teoria da concorrência como um meio e não como um fim em si mesmo e da sua proteção se realizar de acordo com a missão da União Europeia.

Esse critério tem a principal finalidade de separar as competências da União Europeia e dos Estados-membros. Como disposto no Regulamento 01/2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º (atual 101º) e 82º (102º) do TFUE, que cria uma rede de cooperação entre a União Europeia, as autoridades em matéria de concorrência e os tribunais nacionais:

Num sistema de competências paralelas, devem ser evitados os conflitos entre decisões, a fim de garantir o respeito pelos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras comunitárias de concorrência.

⁷⁴ Entre tantos, consultar: CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; **Manual de Direito Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004 e SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5.º ed. rev. e actual. Coimbra, Almedina, 2006.

⁷⁵ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5.º ed. rev. e actual. Coimbra, Almedina, 2006. p. 301.

Por conseguinte, é necessário clarificar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os efeitos das decisões da Comissão e dos processos por ela iniciados sobre os tribunais e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-membros. As decisões relativas a compromissos aprovadas pela Comissão não afectam a competência dos tribunais e das autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-membros relativamente à aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado.⁷⁶

Estudar melhor a separação de competências com cooperação entre as autoridades nacionais e comunitárias, em matéria de concorrência, está fora do alcance didático deste trabalho. Traz-se ao menos o artigo 3º do Regulamento 01/2003 que prevê a relação entre os artigos 81º e 82º do Tratado e as legislações nacionais em matéria de concorrência:

Artigo 3.º

1. Sempre que as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros, na acepção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82º do Tratado.⁷⁷

Se há possibilidade, direta, indireta, atual ou potencial de afetação do comércio entre os Estados-membros a União Europeia é competente, mas apenas nessas situações. Afinal, como todo o direito comunitário, o regime de concorrência está submetido aos princípios de competências atribuídas, subsidiariedade⁷⁸ e proporcionalidade, expressos no artigo 5º do Tratado da União Europeia⁷⁹ e discutidos por ampla doutrina.

⁷⁶ Regulamento 01/2003 do Conselho. Considerações, número 22.

⁷⁷ Regulamento 01/2003 do Conselho. Artigo 3º.

⁷⁸ QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**: direito constitucional e administrativo da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2004.

⁷⁹ “Artigo 5.o. 1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. 2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos

Aos Estados-membros cuida analisar todos os atos que possam afetar a concorrência em seu território, desde que este ato não seja capaz de afetar o mercado comunitário e o comércio entre os Estados-membros, quando a competência passa a ser da União Europeia. Afinal, esta organização não possui a *competência das competências (Kompetenz – kompetenz*⁸⁰) – característica dos Estados soberanos.

Dessa forma a separação das competências exerce função dupla: delimita o campo de aplicação das normas comunitárias em relação aos direitos nacionais e ainda orienta a ação das autoridades da União Europeia ao buscar o bom funcionamento e realização do mercado único.

E pode dizer-se que há “*afetação do comércio entre os Estados-membros*” sempre que uma prática restritiva da concorrência interfira de maneira sensível com vendas, aprovisionamento ou prestações de serviços interessando a *mais de um Estado* da Comunidade.

As ajudas prestadas pelos Estados às empresas nacionais afectam o comércio intercomunitário sempre que tais empresas façam exportações para o espaço comunitário ou que estejam sujeitas, no mercado interno, à concorrência de produtos ou serviços provenientes de outros Estados-membros.⁸¹

Em outras palavras, não é necessário que a prática anticoncorrencial afete todos os países comunitários, ou muitos deles, mas que afete pelo menos mais que um Estado-membro.

Se o critério da dimensão comunitária parece alargar demais a competência da União, há um contraponto no sentido de ‘afetação’, que diminui o campo de aplicação do direito comunitário. Quando uma prática atinge o mercado de “*forma insignificante, tendo em consideração a fraca posição que os interessados ocupam*

Tratados pertencem aos Estados-membros. 3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo. 4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.”

⁸⁰ Dentre outros: DUARTE, Maria Luísa. **A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros**. Lisboa: Lex, 1997. p. 220-221.

⁸¹ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; **Manual de Direito Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.606.

no mercado dos produtos em causa” a Comissão e o Tribunal não consideram a ‘afetação’. Exige-se que a prática modifique “*de forma sensível a posição no mercado das empresas estranhas aos acordos*”.⁸²

Há comunicações da Comissão sobre os acordos de importância menor, conhecidos também por Comunicações de *minimis* de 1986 e 1997. Essa posição, além de aliviar o trabalho da própria Comissão, tem grande impacto na atividade de pequenas e médias empresas, favorecendo a cooperação entre elas.⁸³

No que concerne ao abuso de posição dominante, a questão da afetação sensível deve ser examinada sob outra perspectiva, observando a suscetibilidade de afetar empresas localizadas fora do Estado onde a empresa em posição dominante está localizada e que haja repercussões na concorrência do mercado único comum.

No regime das concentrações os critérios adotados foram bastante precisos e matemáticos. Suas diretrizes estão previstas no Regulamento 139/2004 e serão estudadas mais adiante no trabalho, no item 3.4.3.

3.1.3. Noção geral de mercado relevante

O primeiro elemento a ser considerado em caso de suspeita de infração às normas de concorrência é o mercado relevante (*marché en cause*). Termo esse utilizado no direito comunitário de forma diversa que em outros contextos, por exemplo, as empresas empregam freqüentemente o termo mercado ao se referir à área em que vendem os seus produtos.

O conceito de mercado relevante é útil para determinar o campo de aplicação das normas de cooperação empresarial, abuso de posição dominante e concentrações empresariais. A “*Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*”⁸⁴ explica o método usado pela Comissão para a definição de mercado relevante, em nome do princípio da transparência. A análise é feita em função do produto (mercado de produto relevante) e da dimensão geográfica (mercado geográfico relevante), para identificar os concorrentes efetivos das empresas em causa suscetíveis de restringir

⁸² Acórdão de 12 de Dezembro de 1967, S. A. Brasserie de Haecht c. Consorts Wilkin Janssen. Caso 23-67. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61967J0023:EN:HTML> >. Acesso em 25 de agosto de 2009.

⁸³ Sobre o assunto, consultar: PALMA, Augusto F. **Das Pequenas e Médias Empresas** – Algumas questões (Maxime, no Direito da Concorrência). Coimbra: Almedina, 2001.

⁸⁴ *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*. Jornal Oficial nº C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013

o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva.

Essa noção é ainda mais importante para a concessão de isenções segundo o nº 3 do artigo 101º, e para verificar e impedir a criação ou reforço de uma posição dominante que produza entraves significativos em parte substancial do mercado comum, contribuindo para a própria definição de posição dominante e cálculo de quotas de mercado de uma empresa.

O principal objeto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa sejam eles a substituíbilidade do lado da procura, a substituíbilidade do lado da oferta e a concorrência potencial.

Os Regulamentos nº 17 e nº 4064/89 contêm essa noção. Os mercados do produto relevante são definidos da seguinte forma: *“Um mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.”* E os mercados geográficos relevantes são definidos da seguinte forma: *“O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.”*⁸⁵

3.1.4. Regimes especiais

O direito comunitário de concorrência tem derrogações totais ou parciais, de acordo com regimes especiais de agricultura, pescas e transportes. O regime especial para o setor agrícola está prevista no TFUE:

Artigo 42.o (ex-artigo 36.o TCE)

As disposições do capítulo relativo às regras de concorrência só são aplicáveis à produção e ao comércio dos produtos agrícolas, na medida em que tal seja determinado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, no âmbito do disposto no n.o 2 do artigo 43.o e em conformidade com o processo aí previsto, tendo em conta os objectivos definidos no artigo 39.o.

⁸⁵ *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência.* Jornal Oficial nº C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

O Conselho, sob proposta da Comissão, pode autorizar a concessão de auxílios:

- a) Para a protecção de explorações em situação desfavorável devido a condições estruturais ou naturais;
- b) No âmbito de programas de desenvolvimento económico.

Esse é o setor com mais controvérsias por está sujeito às regras da concorrência, às disposições da política comunitária em matéria de agricultura e desenvolvimento rural e às obrigações internacionais decorrentes da Organização Mundial do Comércio (OMC), assumidas pela União Europeia.

Procura-se abertura progressiva dos setores de transporte nacional, energia, telecomunicações e serviços postais à concorrência, para aumentar a competitividade, melhorar a sua qualidade e torná-los mais acessíveis para todos os consumidores

Os regimes especiais não serão estudados nesse trabalho, pois se encontram muito além dos limites didáticos deste.

3.2. Coligações empresariais

As regras relativas ao controle de cooperações (ou coligações) empresariais estão mais relacionadas às condutas com efeito no mercado, do que à estrutura de mercado.

O artigo 101º do TFUE estabelece a proibição das coligações das empresas desde que preencham 4 requisitos:

- existência de uma coligação entre empresas – seja através de acordo ou pratica concertada entre empresas ou decisão de associação de empresas;
- suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-membros;
- restrição da concorrência tal que legitime a intervenção comunitária.

Primeiramente é necessário que haja mais de uma empresa envolvida na coligação, senão esta não se configura. Não pertencem à seara do artigo 101º as práticas anticoncorrenciais praticadas apenas por uma empresa. Esse parece um critério simples à primeira vista, mas na prática traz problemas para o Tribunal, para determinar quando se refere a uma ou várias empresas, sobretudo quando se trata de grupos de empresas, sociedades participadas, ou empresas que recorrem à integração empresarial ou contratual.

3.2.1. Agentes da coligação. Noção comunitária de empresa e associação de empresas

A noção de empresa para o direito comunitário tem especial relevância na aplicação deste artigo. Essa noção não está prevista nos Tratados comunitário, foi construída pela doutrina e jurisprudência comunitária, mas não através de um conceito, mas através de linhas de orientação interpretativa.

O Tribunal trabalha com uma noção de empresa muito mais ampla que a noção clássica de empresa mercantil: *“qualquer entidade que exerça uma actividade económica independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento”* isto é *“qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado”*.⁸⁶

Não se trata, portanto, da empresa em sentido econômico e não importa a natureza civil desta, seja ela civil, comercial, cooperativa, anônima, etc. Inclui-se aí as pessoas físicas que exercem uma atividade econômica de natureza empresarial. Também são abarcado os agrupamentos, associações, fundações ou qualquer outra entidade que tenha personalidade jurídica e persiga uma atividade econômica. Caso qualquer uma dessas entidades não tenha personalidade jurídica, mas incorrer em falta à concorrência será imputada a pessoa jurídica responsável por esta entidade despersonalizada.

João Mota Campos traz a seguinte definição jurídica de empresa para o direito comunitário:

a empresa é constituída por uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito juridicamente autónomo e que prossegue, de forma duradoira, um objectivo económico determinado.⁸⁷

É necessário, portanto que a empresa seja uma organização unitária, e para a aplicação do artigo 101º é necessário o concurso de vontades economicamente independentes de duas ou mais empresas. Para aplicar o dispositivo a empresas muito ligadas, como por exemplo, a ‘empresa-mãe’ e filial, é necessário verificar comportamentos econômicos autônomos entre essas. Caso contrário, se

⁸⁶ Acórdão J. C. J. Wouters e o. c. Algeme Raad van de Nederlanse Orde van Advocaten, de 19/02/2002. **Colectânea da jurisprudência do tribunal de justiça e do tribunal de primeira instância, Luxemburgo**, (2-I) 2002, p. 1577-1697.

⁸⁷ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; **Manual de Direito Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 610.

apresentaram uma unidade econômica não há como repreender o comportamento desta com o abrigo deste artigo, recorrendo-se ao 102º do TFUE.

Na prática, entretanto, o solo é mais árido. É difícil encontrar critérios claros para o que é uma unidade econômica. A Comissão elege a assunção de riscos econômicos por parte da filial, delegação, representante, etc. Já o Tribunal privilegia a existência de controle e subordinação entre a sociedade principal e a filial ou representação, como exposto no acórdão *Commercial Solvents*.

Além da pluralidade de unidades econômicas há que se verificar concurso de vontades independentes entre elas. Há que se verificar um acordo, ou seja, uma coligação ou coordenação de vontades e comportamentos. Não é necessário que esse acordo seja formal, basta que haja prática concertada ou um acordo informal. A abrangência é ampla, e não importa a forma do acordo, afinal o artigo “*visa abranger todo e qualquer concurso de vontades ou todo e qualquer conluio entre empresas, destinado a produzir os efeitos que aquele pretende evitar*”.⁸⁸

O Acórdão *Solvay c. Comissão*⁸⁹ esclarece o assunto, entendendo que há prática concertada quando não há justificação econômica e plausível para esta, ficando claro que as empresas optaram pela substituição dos riscos da concorrência pela cooperação prática, com intenções anticoncorrenciais.

Ademais, como já explicitado, o acordo deve ser suscetível de afetar a concorrência entre Estados-membros. Não é necessário que a prática seja realizada por empresas de nacionalidades diferentes, de dois ou mais Estados-membros, mas que afete o mercado único. Também não é necessário que o acordo tenha como objeto a importação ou exportação de produtos de dois ou mais Estados-membros, desde que seja um obstáculo ou interferência, ainda que potencial, ao mercado comum.

3.2.2. Formas de coligação

Há três formas de coligação de empresas em que pode resultar a ação comum destas: acordos de empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas.

⁸⁸ Advogado-Geral Darmon, no processo *Verband der Sachversicherer*. Proc. 45/85. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=pt&ihtmlang=pt&lng1=pt,de&lng2=da,de,en,es,fi,fr,it,nl,pt,sv,&val=132984:cs&page=#l1> >. Acesso em 23 de julho de 2009.

⁸⁹ Acórdão *Solvay c. Comissão* de 29/06/1995. **Colectânea da Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância**, Luxemburgo, p. I-2391, abril 2000.

Os acordos de empresas envolvem acordos bilaterais ou multilaterais pelos quais os participantes se obrigam a exercer a sua atividade econômica em torno de um objetivo comum. O artigo 101º do TFUE proíbe aqueles acordos que têm objetivo anticoncorrencial.

Trata-se de uma noção bastante ampla de acordo, abrangendo os diversos contratos, acordos tácitos, informais ou não assinados, em que haja restrição à liberdade de ação autônoma de quaisquer das partes. Essa restrição também recai sobre os atos preparatórios de acordos futuros. Estes acordos podem ser verticais ou horizontais (que abrangem partes concorrentes, localizadas no mesmo nível de produção ou distribuição). Todas essas formas de acordos, com efeito anticoncorrencial (ainda que potencial) será proibido se representar certa continuidade, permanência, na regulação dos comportamentos.

As decisões de associações de empresas são atos de vontade coletiva de um agrupamento profissional (seja ele associação, sindicato, confederação ou corporação) que represente interesses de certa categoria de empresas e recomende (ou determine) comportamentos adequados ao objetivo anticoncorrencial do agrupamento. Trata-se de uma vontade coletiva, e não de um concurso de vontades individuais. Não é proibido o agrupamento de empresas, mas apenas as decisões, tomadas pelos órgãos competentes dentro deste, que tenha poderes de obrigar, de qualquer forma, as empresas a adotarem um comportamento anticoncorrencial.

A noção de práticas concertadas é, dentre as três formas de coligação estudadas, a que mais suscita dúvidas. Muitas vezes as empresas adotam comportamentos paralelos, mas por razões puramente econômicos, como a empresa pequena que segue a política de preços praticada pela grande empresa. Nesse caso não há prática concertada.

as práticas concertadas supõem um prévio acordo ou decisão nesse sentido e, simultaneamente, revelam a existência dessa decisão ou acordo. Mas, prudentemente, entende-se conveniente submetê-las ao regime previsto no artigo 81º [hoje 101º], mesmo no caso de não ser possível provar a existência de acordo ou decisão subjacentes aos comportamentos coordenados do grupo de empresas envolvidas numa prática anticoncorrencial.⁹⁰

⁹⁰ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; **Manual de Direito Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 613.

O Tribunal, no caso *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comissão* afirma que a prática concertada é “*uma forma de coordenação entre empresas que, sem ter sido levada à realização de uma convenção propriamente dita, substitui conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas.*”⁹¹

Ou seja, os comportamentos devem ter origem em uma cooperação interempresarial consciente.

3.2.3. Exemplificação de coligações proibidas

O número 1 do artigo 101º TFUE traz cinco exemplos objetos de coligação (horizontais e verticais) que designadamente podem restringir ou afetar a concorrência. A proibição do ato, mesmo que se encontre entre o rol, só acontece se preenchidos os demais requisitos já explicados (campo de aplicação das regras comunitárias da concorrência e exigências específicas do artigo).

Esse rol é meramente exemplificativo e não taxativo. Como já dito, a proibição se dá pelas consequências económicas do ato de coligação e não pela sua estrutura. Então, quaisquer outros atos de coligação que afetem a concorrência, mas não se encontram nesse rol, estão igualmente proibidos. Essa exemplificação corresponde à prática adquirida pela União Europeia e concretiza algumas hipóteses, para facilitar a interpretação e aplicação do artigo. Analise-se cada um dos incisos:

“*a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;*”

É proibido fixar preços de compra ou venda ou quaisquer outras condições de transação, de forma direta ou indireta. Preços impostos, indicativos ou aconselhados, ou sistemas de descontos ou prémios para empresas que integrem a coligação são *a priori* proibidos. Mas também o estabelecimento de coligações a respeito de condições e duração de crédito, modalidade de prazo de entrega de mercadorias ou serviços, condições comuns de pagamento, como cláusulas de responsabilidade ou prazos de pagamento...

⁹¹ Acórdão de 14 de Julho de 1972 no Processo nº 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. C. Comissão das Comunidades Europeias*, Recueil 1972, p. 619, Colect. (Ed. Especial Portuguesa) 1972, p. 205.

Os consumidores são os mais beneficiados por esta proibição, pois estes atos fariam com que dificilmente os preços baixassem e as condições de pagamento melhorassem.

O Acórdão *Belasco c. Comissão* esclarece que o artigo proíbe o ato pela sua finalidade e pelo seu efeito, portanto, a fixação de preços, ainda que não respeitada na prática constitui violação do Tratado.⁹²

“b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;”

Esta disposição prevê *a priori* qualquer coligação que restrinja a liberdade das empresas coligadas para desenvolvimento industrial, comercial ou financeiro. Sob essa forma de coligação as empresas ficam impedidas de atuar autonomamente no mercado. *“Tais limitações impedem as empresas de intervir no mercado nas melhores condições, provocam recessão económica, prejudicando, pois, os consumidores.”*⁹³

Esta situação proibida ocorre com a fixação de quotas de mercado, proibição de exploração de nova invenção, fixação de normas, tipos ou especialização da produção ou venda, ou até renúncia ou cláusulas proibitivas de fabrico de determinado produto.

As cláusulas que limitam o circuito de distribuição ou revenda também são abrangidas nesse dispositivo, especialmente aquelas que criem situações de distribuição exclusiva. Nesse sentido observar a Decisão da Comissão, de 13/12/1989 (90/38/CEE, IV/32.026 - *Bayo-n-ox*)⁹⁴ que considerou proibida o acordo entre a Bayer e alguns de seus clientes em que estes só poderiam comprar o produto ‘Bayo-n-ox Praemix 10%’, para utilização exclusivamente nas suas fábricas e para cobertura das suas próprias necessidades. Esse ato teve como objetivo e efeito impedi-los de revender os produtos.

Os atos de coligação que visam limitar o desenvolvimento técnico, investigação e desenvolvimento também são abrangidos nessa cláusula.

⁹² Acórdão *Belasco c. Comissão*. Acórdão de 11/07/1989. Processo nº 246/86. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986J0246:PT:HTML> >. Acesso em 15 de julho de 2009.

⁹³ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito de concorrência nas comunidades europeias**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992. p.78.

⁹⁴ Decisão da Comissão, de 13/12/1989, 90/38/CEE, IV/32.026 - *Bayo-n-ox*. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990D0038:PT:NOT> >. Acesso em 26 de agosto de 2009.

“c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;”

Essa divisão de mercados ou de fontes de abastecimento configura-se como uma divisão artificial do mercado comum e, portanto contrária ao espírito comunitário integrador. Os Tratados comunitários derrubaram as fronteiras entre os Estados, para o mercado, e estas medidas visam construir novas barreiras, pelo dirigismo privado.

Estes atos podem ser horizontais ou verticais.

Nos acordos horizontais, empresas situadas no mesmo estágio de produção ou distribuição dos produtos repartem entre si área de mercado, o território em que cada um vai atuar, sem a concorrência da empresa coligada.

Os acordos verticais são aqueles que obrigam uma empresa fornecer produto ou categoria de produtos à empresa coligada, em determinados território (contrato de distribuição exclusiva); ou aquele ato que obriga uma empresa a comprar produtos, ou categoria de produtos, somente da empresa coligada (contrato de aprovisionamento exclusivo).

Um exemplo de repartição do mercado de carbonato de sódio, pelo qual uma das empresas, ICI, só vendia no Reino Unido e da Irlanda, enquanto a Solvay só vendia nos outros países, é um exemplo de acordo horizontal entre produtores (Decisão de 19/12/90, 91/927/CEE, publicada no JOCE, L-152, de 15/6/91)⁹⁵

Por vezes o mesmo contrato impõe obrigações recíprocas exclusivas de aprovisionamento e distribuição.

São também proibidos os atos que estabelecem proteção territorial exclusiva.

“d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;”

Visa coibir coligações que criem diferenças na capacidade de negociação e de força contratual das empresas e que causem restrição da concorrência. Proíbe que uma coligação tenha comportamentos discriminatórios, restringindo a

⁹⁵ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito de concorrência nas comunidades europeias**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992. p.79.

concorrência. Trata-se de operações idênticas, mas com condições mais favoráveis ou desfavoráveis para fornecedores ou para clientes atuais ou potenciais.

“Constitui prática discriminatória a imposição de preços ou condições contratuais menos favoráveis a uns clientes que outros, v.g., prazo de pagamento dilatado.”⁹⁶

“e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.”

Proíbe a prática de contratos subordinados, também conhecidos como ‘contratos encadeados’ em que se obriga, para celebração do contrato principal, a aceitação de prestações suplementares não ligadas ao objeto do contrato principal, segundo a sua natureza ou os usos comerciais. *“A subordinação é lícita se os serviços ou produtos acessórios forem tecnicamente indispensáveis para o funcionamento do produto principal.”⁹⁷*

Essas prestações ou condições suplementares falseiam a concorrência, pois impedem a empresa de se abastecer junto a terceiros.

3.2.4. As exceções à proibição de coligações

O *caput* do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. No mesmo artigo, § 3 há autorizações dos mesmos desde que:

(...) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

⁹⁶ IDEM. p.80.

⁹⁷ IDEM. p.80.

Ou seja, todos os acordos de cooperação econômica considerados ilícitos pelo artigo 81 números 1 e 2 podem ser autorizados, desde que cumpridos os requisitos presentes no número 3 do mesmo artigo. Essa é a chamada técnica de isenção, em que a prática preenche cumulativamente o suporte fático na norma geral e da norma de isenção, específica.

Para trazer mais segurança jurídica e para facilitar o trabalho da Comissão, foram editados vários regulamentos que trazem isenções para blocos de atividades que devido às suas características trazem benefício ao mercado e à União Europeia, apesar da restrição à Concorrência. O Regulamento (CE) 01/2003 tem a disposição expressa de que, assim como a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça, os tribunais e autoridades nacionais competentes podem aplicar os artigos 101 e 102 do TFUE em processos individuais⁹⁸. Ainda sim subsiste a possibilidade da Comissão se pronunciar sobre casos concretos de forma prévia, oficiosamente ou após denúncia. A autorização da Comissão é especialmente importante em acordos de dimensão comunitária e de difícil aplicação dos dispositivos comunitários, casos estes que a segurança jurídica é de especial relevo para o interesse público comunitário. Este regulamento é um grande passo para a construção comunitária, pois estabelece um regime único de cooperação e intercâmbio de informações entre a Comissão, os tribunais nacionais e as autoridades nacionais em matéria de concorrência.

3.2.5. A aplicação das regras contra coligações no ano de 2008

No que diz respeito à aplicação do artigo 101º TFUE e das demais normas de direito derivado que a dão suporte, a Comissão aplicou em 2008 multas a 34 empresas⁹⁹ em sete processos de cartéis¹⁰⁰, num total de 2.271 milhões de euros. A multa mais alta até o momento, num processo de cartel, foi aplicada em 2008 pela Comissão no processo *vidro automóvel*, no valor de 1.383 milhões de euros.

Em julho a Comissão adotou uma decisão¹⁰¹ que proíbe as sociedades de gestão coletiva do EEE filiadas na *Confederação Internacional das Sociedades de*

⁹⁸ As competências dos tribunais e autoridades dos Estados-membros estão definidas no artigo 5º do Regulamento 01/2003.

⁹⁹ O valor exclui as empresas que beneficiaram de imunidade por terem cooperado ao abrigo do programa de clemência

¹⁰⁰ Borracha de nitrato de butadieno, serviços de mudanças internacionais, clorato de sódio (ainda não publicada no JO), fluoreto de alumínio, cera para velas, bananas e vidro automóvel.

¹⁰¹ Processo Comp/38.698— CISAC. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:323:0012:01:EN:HTML> >. Acesso em 23 de julho de 2009.

Autores e Compositores (CISAC) de manter restrições em matéria de adesão e cláusulas de exclusividade nos respectivos acordos recíprocos e práticas concertadas de delineamento territorial desses acordos.¹⁰²

3.3. Abuso de posição dominante

O artigo 102 TFUE declara a proibição pela incompatibilidade com o mercado comum a exploração abusiva (por uma ou mais empresas) de posição dominante, desde que afete o comércio entre os Estados-membros. As regras relativas ao abuso de posição dominante são chamadas de regras mistas porque requer o preenchimento de duas características, a dominação de mercado (condição estrutural), e o comportamento abusivo (condição comportamental). A existência em si de posição dominante não é proibida, apenas quando há abuso da exploração desta é que se configura a hipótese do artigo.

O artigo 101 e 102 do TFUE, *“apesar de terem âmbitos de aplicação em geral não coincidentes, podem ser aplicados, cumulativamente, se for caso disso. (...) com especial destaque para o acórdão Tetra Pak I”*^{103,104}

Ao contrário do estabelecido para as coligações empresariais, não há exceção à proibição, que é, portanto, geral e absoluta, afinal a idéia de abuso é contrária à contribuição para o progresso econômico.

O abuso de posição dominante pode ser realizado individualmente ou coletivamente, ou seja, por uma ou mais empresas, conforme clara redação do artigo 102 TFUE. A noção de empresa, relevante para o direito comunitário é a mesma para a coligação, explicada anteriormente neste texto.

3.3.1. Noção de mercado relevante para abuso de posição dominante

A qualificação de posição dominante e do abuso desta só é possível se recortado para o caso concreto o mercado relevante, como já disposto anteriormente neste trabalho. O mercado em causa é definido a partir dos limites geográficos e

¹⁰² Relatório sobre a Política de Concorrência 2008. Bruxelas, 23.7.2009. Disponível em: < http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2008/pt.pdf >. Acesso em 23 de agosto de 2009.

¹⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça de Primeira Instância *Tetra Pak Rausing AS. c. Comissão*, de 10/07/1990, proc. T/51/89. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989A0051:PT:NOT> >. Acesso em 17 de julho de 2009.

¹⁰⁴ GORJÃO - HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**: sumários desenvolvidos. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p 535.

materiais, neste o produto ou serviço é comercializado em condições homogêneas de concorrência.

Não é exigido que haja afetação de todo o mercado da União, basta que se configure a posição dominante em parte substancial do mercado comum. Parte substancial é um critério que abrange não somente a extensão do território afetado, mas a área de comércio, conceito relevante de economia. Assim, parte substancial do mercado comum pode coincidir com o território de apenas um dos Estados-membros, ou mesmo apenas parte deste.

Os limites materiais envolvem os produtos ou serviços que são concorrentes. Não é necessário que se trate de produtos ou serviços com as mesmas características, o que se observa é a satisfação das mesmas necessidades do ponto de vista do consumidor, conforme o Acórdão *Michelin c. Comissão* de 09/11/1983¹⁰⁵.

3.3.2. Posição dominante

Definido o mercado geográfico e material em causa, é necessário estabelecer se a empresa encontra-se em posição dominante. *“Aliás, convém dizer que é até saudável que uma empresa queira ocupar posição dominante no mercado, por tal motivação promover a inovação, a eficiência económica, o bem-estar dos consumidores e em último termo, a própria concorrência.”*¹⁰⁶

Os Tratados não fornecem definição de mercado relevante, esse tem sido construído pela própria experiência comunitária. O critério mais utilizado é o de ausência de concorrência efetiva, dando oportunidade para a empresa (ou empresas) de agir independentemente do comportamento dos concorrentes. Conforme o *Memorandum* da Comissão de 1965 consiste no *“poder económico de exercer sobre o funcionamento do mercado uma influência notável e em princípio previsível para a empresa dominante”*.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Acórdão *Michelin c. Comissão* de 09/11/1983. Proc. 322/81. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981J0322:EN:NOT> >. Acesso em 17 de julho de 2009.

¹⁰⁶ GORJÃO - HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**: sumários desenvolvidos. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p 539.

¹⁰⁷ COMISSÃO, *Memorandum* de 1965. APUD GORJÃO - HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**: sumários desenvolvidos. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p 542.

3.3.3. A noção de abuso da posição dominante

Para a proibição do artigo 102º TFUE além da empresa (ou empresas) poder atuar com autonomia no mercado, independente dos outros operadores, esta deve explorar essa posição de forma abusiva. Novamente não é nos Tratados comunitários que se encontra a definição de abuso. A experiência comunitária passou por longos debates em torno de duas correntes interpretativas do termo. Hoje se aplica ampla e objetiva de abuso, sendo o caso *Continental Can*¹⁰⁸ uma grande referência no assunto. Entende-se que quando há posição dominante no mercado relevante o grau de concorrência fica enfraquecido, e o abuso se dá com comportamentos que têm por efeito diminuir ainda mais essa concorrência. A empresa em posição dominante tem, portanto a responsabilidade partícua de não falsear a concorrência, mantendo-a efetiva. Examina-se o impacto sobre a própria estrutura de mercado – em relação aos concorrentes, mas também o efeito causado aos consumidores.

O exame é objetivo e não subjetivo, por isso pouco importa a intenção da(s) empresa(s) com o comportamento em causa.

Ressalte-se que empresas beneficiadas por monopólio legal em parte substancial do mercado comum é entendida como posição dominante e pode incorrer na proibição de seus atos se houver abuso desta.

O artigo 102 TFUE fornece uma lista de comportamentos que podem considerar-se abusivos:

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

¹⁰⁸ Europemballage Corporation e Continental Can c. Comissão. Caso 6-72 de 21/02/1973. Disponível em < [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972O0006\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972O0006(01):EN:HTML) >. Acesso em 10 de abril de 2009.

Essa lista não é exaustiva, apenas serve para auxiliar a interpretação do referido artigo. Sendo que não basta provar a ocorrência do comportamento listado, mas a sua afetação no mercado relevante ou em parte substancial deste.

3.3.4. A aplicação das regras contra abuso de posição dominante no ano de 2008

Segundo o Regulamento (CE) 01/2003 a Comissão pode aplicar multas de até 10% do volume mundial de negócios à(s) empresa(s) em abuso. Em 2007 a Comissão decidiu que a Microsoft não tinha cumprido as suas obrigações no sentido de fornecer informação completa e exata exigida. Foi infligida à empresa uma sanção pecuniária compulsória de 899 milhões de euros¹⁰⁹. A Microsoft foi a primeira empresa na história da política de concorrência na UE a quem foi imposto este tipo de sanção por não ter cumprido decisões anteriores da Comissão. Trata-se do processo ainda aberto que visa garantir que a Microsoft cumpra a decisão de 2004 e os princípios consagrados no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Setembro de 2007¹¹⁰ no que se refere a condições de preço e de licenciamento para a informação sobre interoperabilidade.

No *processo Intel*, foi emitida em 17 de Junho uma comunicação, segundo a qual a Intel violou as disposições do TFUE em matéria de abuso de posição dominante com o objetivo de excluir o principal concorrente, a AMD, do mercado de unidades centrais de processamento de computadores x86.

3.4. Operações de concentração

À Comissão, *guardiã dos Tratados*, cabe a tarefa de autorizar as operações de dimensão comunitária enquanto ao Tribunal de Justiça cabe o controle jurisdicional destas. Há obrigação das empresas em notificar a Comissão nestas situações, conforme nº 1 do artigo 4º do regulamento 139/2004:

As concentrações de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo.

¹⁰⁹ Processo COMP/34.792, Microsoft (ainda não publicado no JO).

¹¹⁰ Em 2006, a Comissão havia já aplicado, a título definitivo, uma sanção pecuniária compulsória à Microsoft no montante de 280,5 milhões de euros por não ter fornecido informações completas e precisas em matéria de interoperabilidade

3.4.1. Histórico

Os tratados comunitários não prevêem expressamente mecanismo de controle das concentrações empresarias, também conhecidas como cartéis. Essa “lacuna” é considerada por muitos autores como proposital, como diretriz política de incentivo ao reforço do tecido empresarial e industrial comunitária¹¹¹. A maior parte das empresas na Europa operavam apenas em um País, como fica claro no *memorandum* de 1965¹¹², desejava-se a concentração trans-fronteiriça incentivando a eficiência alocativa e produtiva e a competitividade internacional. A concentração empresarial pode ser, portanto benéfica, com uso racional dos recursos, desenvolvimento tecnológico que permita baixar os preços, aumentar a qualidade dos produtos e por vezes alcançar economias de escala.¹¹³

Nem tudo são benefícios, as concentrações empresariais podem criar situações de monopólio, oligopólio ou controle do mercado. Tais situações prejudicam a concorrência e os consumidores e por isso devem ser evitadas através do controle do Estado.

Na União Européia este controle, até 1989, era judicial com aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado das Comunidades Europeias (atuais artigos 101º e 102º). Havia a tese de que as concentrações empresariais trariam abuso de posição dominante, conforme artigo 82º. Esse sistema subsidiário e indireto apresentava um grande defeito, era feito *a posteriori*. Só havia análise das concentrações que afetassem o mercado comum ou parte substancial deste após a sua realização, sem um mecanismo para a prevenção destes. E como se percebeu, o controle *a posteriori* por vezes condena atos de grande prejuízo e difícil reversão.

Como já discutido neste trabalho, a Comissão, ciente destes problemas elaborou em 1973 uma proposta de Regulamento em que o controle das concentrações seria prévio. Nesse período o Tribunal de Justiça aplicou os artigos já mencionados a casos de grande repercussão, dentre eles o *Mecaniver-PPG*¹¹⁴, *Philip Morris*¹¹⁵, *Bat e Reynolds*¹¹⁶ e *Continental Can*¹¹⁷. A experiência mostrou que

¹¹¹ GORJÃO - HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**: sumários desenvolvidos. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 553, no mesmo sentido, JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 2006., p.399.

¹¹² *Memorandum* da Comissão de 01/12/1965.

¹¹³ MARQUES, Alfredo. **Economia da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2006. p.110.

¹¹⁴ Decisão 85/78/CEE de 12/12/1984. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985D0078:EN:HTML> >. Acesso em 20 de julho de 2009.

¹¹⁵ Processo nº 730/79/CEE. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0730:EN:HTML> >. Acesso em 20 de julho de 2009.

os artigos 81º e 82º trazem as diretrizes gerais para o controle de cartéis, mas não cumprem essa tarefa suficientemente, pressionando os Estados-Membros para a aprovação o Regulamento nº 4064/89.

Conforme citado no item 3.2 deste estudo, hoje o sistema das concentrações é regido pelo Regulamento nº 139/2004, chamado 'Regulamento das concentrações comunitárias'. Este prevê controle prévio com incentivo às concentrações empresarias para fortalecimento dos objetivos comunitários e da competitividade internacional da União Européia, conciliado com a prevenção de atos que prejudiquem a concorrência no mercado comum ou parte substancial deste.

Conforme o número 7 das considerações do Regulamento 139/2004:

Os artigos 81.º e 82.º, embora aplicáveis, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a determinadas concentrações, não são suficientes para abranger todas as operações susceptíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado. O presente regulamento deverá, por conseguinte, basear-se não apenas no artigo 83.º, mas principalmente no artigo 308.º do Tratado, por força do qual a Comunidade se pode dotar dos poderes de acção necessários à realização dos seus objectivos (...)

Este regulamento foi aprovado com o objetivo de se prepara diante dos desafios do alargamento de 2004. Neste, admite-se a pressão liberalizante e globalizante para as concentrações econômicas, desde que respeitando a missão comunitária e a concorrência efetiva e dinâmica.

3.4.2. Noção de concentração empresarial

O regulamento enumera duas técnicas jurídicas das quais podem resultar concentrações relevantes para o direito comunitário, por afetar a estrutura da concorrência no mercado comum. São elas a fusão de duas ou mais empresas; e a aquisição por parte de pessoa (natural ou jurídica) que já detém o controle de pelo menos uma empresa, através da compra de parte do capital ou elementos do ativo (por via contratual ou qualquer outra) do controle de uma ou várias empresas.

O regulamento 134/2004 traz extenso artigo que define as concentrações, restringindo assim a competência comunitária tanto positiva quanto negativamente,

¹¹⁶ Decisão nº 142/84/CEE e 156/84/CEE. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0142:EN:NOT> >. Acesso em 20 de julho de 2009.

¹¹⁷ Processo nº 06/72/CEE. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61972J0006:PT:NOT> > Acesso em 20 de julho de 2009.

buscando assim a segurança jurídica e respeito à separação de competências entre os Estados-membros e a União.

Para maior compreensão da matéria a transcrição do (longo) artigo se faz necessária:

Artigo 3º Definição de concentração

1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da:

- a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou
- b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

2. O controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente:

- a) Direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa;
- b) Direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

3. O controlo é adquirido pelas pessoas ou pelas empresas:

- a) Que sejam titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos; ou
- b) Que, não sendo titulares desses direitos nem beneficiários desses contratos, tenham o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

4. A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma constitui uma concentração na acepção da alínea b) do n.º 1.

5. Não é realizada uma concentração:

- a) Quando quaisquer instituições de crédito, outras instituições financeiras ou companhias de seguros, cuja actividade normal englobe a transacção e negociação de títulos por conta própria ou de outrem, detenham, a título temporário, participações que tenham adquirido numa empresa para fins de revenda, desde que tal aquisição não seja realizada numa base duradoura, desde que não exerçam os direitos de voto inerentes a essas participações com o objectivo de determinar o comportamento concorrencial da referida empresa ou que apenas exerçam tais direitos de voto com o objectivo de preparar a alienação total ou parcial da referida empresa ou do seu activo

ou a alienação dessas participações e desde que tal alienação ocorra no prazo de um ano a contar da data da aquisição; tal prazo pode, a pedido, ser prolongado pela Comissão, sempre que as referidas instituições ou companhias provem que aquela alienação não foi razoavelmente possível no prazo concedido;

b) Quando o controlo for adquirido por uma pessoa mandatada pela autoridade pública por força da legislação de um Estado-Membro sobre liquidação, falência, insolvência, cessação de pagamentos, concordata ou qualquer outro processo análogo;

c) Quando as operações referidas na alínea b) do n.º 1 forem realizadas por sociedades de participação financeira referidas no n.º 3 do artigo 5.º da Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado, relativa às contas anuais de certas formas de sociedades ⁽¹⁾, sob reserva, no entanto, de que o direito de voto correspondente às partes detidas, exercido designadamente através de nomeação dos membros dos órgãos de direcção e fiscalização das empresas em que detêm participações, o seja exclusivamente para manter o valor integral desses investimentos e não para determinar directa ou indirectamente o comportamento concorrencial dessas empresas.¹¹⁸

3.4.3. Dimensão comunitária

A União Europeia, como já dito, atua de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e o regime de concorrência adotado não pode exceder o necessário para atingir o objetivo de garantir que a concorrência não seja falseada no mercado comum, em conformidade com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. Para isso:

É conveniente definir o âmbito de aplicação do presente regulamento em função do domínio geográfico da actividade das empresas em causa, circunscrevendo-o mediante limiares de natureza quantitativa, a fim de abranger as concentrações que se revestem de uma dimensão comunitária¹¹⁹

A União Europeia tem suas regras de concorrência, a respeito das concentrações económicas, limitadas às concentrações de dimensão comunitária.

Há dois critérios de definição da dimensão comunitária, expressos no artigo 1º nº 2. O primeiro determina que de forma cumulativa: o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa seja superior a 5

¹¹⁸ Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho.

¹¹⁹ Regulamento (CE) nº 139/2004 do Conselho. Considerações, número 7.

bilhões de euros; e o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa seja superior a 250 milhões de euros.

O segundo critério entra em ação quando não atingidos os valores do primeiro. Exigem-se quatro hipóteses cumulativas: volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa seja superior a 2,5 bilhões de euros; o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa seja superior a 100 milhões de euros em cada um de pelo menos três Estados-membros; em cada um de pelo menos três Estados-membros considerados o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros.

Os dois critérios têm uma exceção, se cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro a competência é deslocada para a esfera nacional.

Operações com valores abaixo desses que sejam suscetíveis de afetar o comércio em cada Estado-Membro, de acordo com cada legislação nacional, são analisadas pelo respectivo sistema jurídico. Em nome da segurança jurídica, dos princípios de subsidiariedade e proporcionalidade é necessário que se delimite bem a fronteira da dimensão comunitária e nacional, por isso é importante que saiba de antemão se uma concentração pode afetar o mercado comum ou não.

3.4.4. Prazos para a análise de atos de concentração empresarial

Na União Europeia, de acordo com o artigo 6 nº 1 do Regulamento das concentrações comunitárias, a Comissão pode preceder de três formas distintas recebida a notificação de concentração empresarial:

- a) chegar à conclusão de que a concentração notificada não é abrangida pela competência da União, definida no presente regulamento;
- b) decide não se opor a essa concentração e declara-a compatível com o mercado comum quando apesar de abrangida pelo regulamento, não suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum. Nestas situações presumem-se que a decisão abrange igualmente as restrições de concorrência diretamente relacionadas com a realização da concentração e a ela necessárias;

c) verificada que a concentração notificada é abrangida pelo regulamento e suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, a comissão decidirá dar início ao processo. Tais processos são encerrados por via de decisão, de acordo com os n^{os} 1 a 4 do artigo 8^o deste regulamento, a menos que as empresas em causa tenham demonstrado que abandonaram a concentração.

No n^o 5 do artigo 6 está previsto que *“A Comissão informa sem demora da sua decisão as empresas em causa e as autoridades competentes dos Estados-Membros”* (grifo nosso).

Os prazos estão definidos no artigo 10. As decisões de não abrangência da concentração no domínio comunitário devem ser tomadas no prazo máximo de 25 dias úteis. Esse prazo começa a correr no dia útil seguinte ao da recepção da notificação ou, caso as informações a facultar na notificação estejam incompletas, no dia útil seguinte ao da recepção das informações completas. Esse prazo é alargado para 35 dias úteis no caso de ter sido apresentado à Comissão um pedido de um Estado-Membro ou se as empresas em causa apresentarem compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado comum.

Na prática, a maioria das notificações são examinadas nesse prazo. Há, no entanto, prazo máximo de 90 dias úteis a contar da data do início do processo. Esse prazo é alargado para 105 dias úteis no caso de as empresas em causa apresentarem compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado comum, a menos que os compromissos tenham sido apresentados antes de decorridos 55 dias úteis após o início do processo.

Tais prazos visam proteger a atividade econômica de demoras da Comissão, acarretando-lhes prejuízos. Há a clara visão de que a economia de mercado exige respostas rápidas dos agentes, sob a pena de perder a oportunidade que se abre e defasagem frente à concorrência. Por esse motivo o n^o 6 prevê que se a Comissão não tomar qualquer decisão nos prazos fixados há deferimento tácito. Presumir-se-á que a concentração é declarada compatível com o mercado comum, sem prejuízo da apreciação feita pelas autoridades e tribunais nacionais.

3.5. Os auxílios de Estado

O segundo grupo de normas da concorrência, na classificação feita pelo destinatário da norma, integra as normas dirigidas aos Estados-membros. A integração econômica e política que representa a União Europeia só tem condições

de se manter se os Estados participantes assumirem diversas obrigações, nomeadamente a de não afetarem as trocas intracomunitárias. É fundamental que os concorrentes operem numa base de igualdade.

Os Estados-membros por vezes recorrem a financiamentos públicos para promover determinadas atividades económicas ou proteger empresas nacionais face ao comércio livre entre e à abertura dos serviços públicos à concorrência. A concessão destes apoios é conhecida por auxílios estatais, e devem ser controlados pela União Europeia.

O TFUE, no Título VII, capítulo 1 (as regras de concorrência), seção 2, mantém 3 artigos referentes aos *auxílios concedidos pelos estados*, artigos 107 a 109. O artigo 107º contém as normas materiais que regulam os auxílios estatais, o princípio geral de que são incompatíveis com o mercado comum e uma lista de derrogações possíveis. O artigo 108º traz regras processuais básicas a observar na aplicação do artigo 107º, em especial a obrigação de os Estados-Membros notificarem à Comissão todos os projetos de concessão de auxílios e a obrigação de só os implementarem após a sua autorização. O artigo 109º constitui a base jurídica dos regulamentos do Conselho no domínio dos auxílios estatais. Há diversos regulamentos sobre a questão de auxílios de Estado, entre eles, destacam-se: reg. (CE) n.º 659/1999 do Conselho (natureza processual), reg. (CE) n.º 794/2004 da Comissão (de execução), e o Reg. (CE) n.º 994/98 do Conselho, que serve de base aos regulamentos de isenção por categoria.

Essas normas se dirigem aos estados, procurando fazer com que não interfiram na concorrência, mas de maneira reflexa afetam a esfera privada.

3.5.1. Noção de auxílio de Estado

Os Tratados proíbem, de uma forma geral, que uma empresa que receba apoio público exceto quando seja justificado por motivos de desenvolvimento económico geral. Primeiramente há a questão já discutida anteriormente no texto, que o direito comunitário de concorrência só se aplica se o ato é suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-membros.

A prática comunitária entende auxílio em uma acepção bastante larga:

equivalente a toda e qualquer vantagem concedida, directa ou indirectamente, independentemente dos seus objetivos, e da sua forma, através de recursos públicos ou, mesmo de recursos privados, quando proporcionados mediante regras de direito público ou, eventualmente, actos

de autoridades públicas. Estes auxílios podem ser regionais, sectoriais ou horizontais.

Ficam assim abrangidos, independentemente do suporte jurídico que lhes deu vida, não apenas os clássicos subsídios ou subvenções caracterizados por atribuição financeira, patrimonial, ou material sem contrapartida equivalente, mas também os auxílios que se traduzem para o Estado em diminuição de receitas, isto é num sacrifício financeiro (isenções de impostos ou taxas, bonificações de juros, percepção diferida de encargos sociais, renúncia, por parte do Estado, à remuneração do capital investido em empresas públicas ou participações sociais, etc.)¹²⁰

Para configurar auxílio de Estado há que se verificar uma intervenção do Estado ou aplicação de recursos estatais, que podem se revestir de diversas formas (por exemplo, subvenções, bonificações de juros, isenções fiscais, garantias, participação total ou parcial na empresa, fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais, etc.).

Assim como o conceito de auxílio é entendido de forma ampla, o conceito de Estado também o é. Abrange todo e qualquer órgão do poder público interno, até mesmo empresas públicas e participadas.

Essa intervenção só é relevante para a matéria se confere uma vantagem numa base seletiva, por exemplo, porque se limita a certas empresas ou a certos sectores de atividade ou a empresas localizadas em determinadas regiões. As medidas não seletivas e que se aplicam a todas as empresas não são consideradas como auxílios estatais, independentemente da sua dimensão, localização ou sector.

3.5.2. Derrogações ao princípio de incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado comum

O artigo 108 TFUE prevê uma lista de circunstâncias que permitem a concessão de auxílios estatais. Com base neste artigo a Comissão estabeleceu quadro claro de auxílios estatais que visam o interesse comum da União Europeia e que, por isso, são autorizados. Entre os auxílios permitidos encontram-se, nomeadamente, os auxílios destinados ao desenvolvimento de regiões carentes, a promoção das pequenas e médias empresas (PMEs), a investigação e desenvolvimento (I&D), a proteção do meio ambiente, a formação, ao emprego e a cultura.

¹²⁰ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5 ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2006. p.339.

Os auxílios de emergência e à reestruturação, as operações financeiras entre o Estado e as respectivas empresas públicas que se traduzem em auxílios, e os fornecidos a empresas de certos setores sensíveis (como a siderurgia, a construção naval e a indústria de automóvel) são os tipos mais controversos. Quando um auxílio de emergência e reestruturação de empresa em dificuldades financeiras permite que uma empresa à beira da falência mantenha-se no mercado, isso se dá, normalmente, à custa dos concorrentes.

As novas orientações introduzem regras mais severas relativamente aos esforços que os grandes beneficiários devem fazer para financiarem a sua própria sobrevivência inclusive com a previsão de devem suportar cerca de 50% dos custos da reestruturação.

Não podem ser autorizados auxílios que não contribuam para nenhum dos objetivos comuns da União Europeia (discutidos no primeiro capítulo do trabalho). São exemplos destes, os auxílios ao investimento geral a favor de grandes empresas fora de regiões desfavorecidas bem definidas, à exportação e ao funcionamento (auxílios destinados a cobrir custos das empresas).

CONCLUSÃO

A adoção de medidas para que a concorrência não seja falseada no mercado comum norteou a criação e aplicação das primeiras regras de concorrência das Comunidades Europeias. Trata-se de uma complexa política de concorrência, da qual o sistema legislativo é apenas a base e que se apresenta como um pilar da construção e desenvolvimento da União Europeia.

Neste primeiro momento a concorrência na União Europeia buscava fundamentalmente a construção do mercado comum, com a fusão dos mercados nacionais. Nesta época poucas concentrações empresarias foram tidas como prejudiciais ao mercado comum, afinal buscava-se justamente a mescla e fortalecimento das empresas comunitárias.

Com o mercado comum construído, a concorrência passou a abranger mais objetivos, tanto econômicos quanto não econômicos, dentre eles citam-se: competitividade internacional, aumento do nível de bem-estar social, eficiência alocativa e produtiva, dentre outros.

Este estudo chegou à conclusão de que a União Europeia entende a concorrência como um instrumento de realização da missão comunitária e não como um fim em si mesmo. E essa defesa se dá através de controle que mescla o exame *a priori* e *a posteriori*, de acordo com a situação.

Pela observação dos patamares econômicos e sociais atingidos pela União Europeia, e pela sua resistência frente à crise financeira mundial, pode-se dizer que este é um sistema que obteve sucesso, pois auxiliou fortemente na criação de um mercado comum forte, competitivo e com grande alcance de benefícios sociais.

As regras de concorrência comunitárias podem ser classificadas de acordo com os seus destinatários, entre aquelas que se destinam às empresas encontram-se a proibição: *de todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*; do abuso de posição dominante e de concentrações empresariais incompatíveis com o mercado comum. As regras que se destinam aos Estados-membros versam principalmente sobre os auxílios estatais, e de que forma estes devem ser admitidos por não incorrer em prejuízo ao mercado comum.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, Menezes (coord.). **Regulação e concorrência**: perspectivas e limites da defesa da concorrência. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito de concorrência nas comunidades europeias**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1992.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do; RATTON, Michelle (org.). **União Europeia**. São Paulo: Aduaneiras, 2002 UFPR.
- ARCY, François d'. **União Europeia**: instituições, políticas e desafios. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2002.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Parte Geral. Lisboa: Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 2000.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Legislação de direito empresarial e concorrência desleal**. Coimbra: Coimbra ed., 2003.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Direito e comércio internacional**: tendências e perspectivas. São Paulo: LTr, 1994.
- BARRAL, Welber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.) **Integração regional e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- BORBÉLY, Dora. **Trade Specialization in the Enlarged European Union**. [s. l.], Springer. 2006.
- BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário**: instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e MERCOSUL. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRADLEY, John Integration. **Growth and Cohesion in an Enlarged European Union**. New York, NY: Springer Science + Business Media, Inc., 2005.
- CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu**: uma contribuição ao MERCOSUL. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul C.; MATTOS Paulo Todescan Lessa, (coordenadores); **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário**. 8ª ed Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de; **Manual de Direito Comunitário**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CARLBERG, Michael. *Macroeconomics of Monetary Union*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag GmbH., 2007.

CASELLA, Paulo Borba. **União Européia**: instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTR, 2002.

CASTRO JR , Osvaldo Agripino de (org). **Temas atuais de direito do comércio internacional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários a Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

CUNHA, Carolina. **Controlo das concentrações de empresas**: (direito comunitário e direito português). Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de defesa da concorrência**: MERCOSUL e União Européia. Barueri, SP: Manole, 2003.

DUARTE, Maria Luísa. **A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros**. Lisboa: Lex, 1997

DUARTE, Maria Luísa. **Estudos de direito da união e das comunidades européias**. Lisboa: Coimbra, 2000.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial**: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações. 2001. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Orientador: Calixto Salomão Filho.

GICO Jr., Ivo T. (Org.). *et al.* **Intervenção do Estado no Domínio Econômico** - Temas Atuais. 1ª. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

GORJÃO - HENRIQUES, Miguel. **Direito comunitário**: sumários desenvolvidos. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

GUEROT, Ulrike. **União Européia**: transtornos e alcance da integração regional. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 2006.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito Internacional da Concorrência**: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (coord.). **Direito comunitário e jurisdição supranacional**: o papel do juiz no processo de integração regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA E SILVA, Valéria Guimarães de. **Direito Antitruste - Aspectos Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

LORENTZ, Adriane Claudia Melo. **O tratado de Lisboa: e as reformas nos tratados da União Europeia**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

MAGNOLI, Demetrio. **União Européia**: história e geopolítica. 3.ed São Paulo: Moderna, 2004.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução a economia**: princípios de micro e macroeconomia: texto básico nas melhores universidades. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARQUES, Alfredo. **Economia da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2006

MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Um Curso de Direito da Concorrência**. Coimbra: Coimbra ed., 2002.

MONCADA, L. Cabral de. **Direito Econômico**. 2ªed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre Concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex editora, 2006.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência** (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucia. **A defesa contra as práticas desleais na Europa, um exemplo a seguir?** Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos de Integração, 1992.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Européia**: processos de integração e mutação. Curitiba: Juruá, 2001.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. **A posição dominante relativa no direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001.

PFETSC, Frank R. **A União Européia**: história, instituições, processos. Brasília: Ed. da UNB, 2002.

POZZOLI, Lafayette. **Direito comunitário europeu**: uma perspectiva para a América Latina. São Paulo: Método, 2003.

QUADROS, Fausto de. **Direito comunitário I**: programa, conteúdos e métodos do ensino. Coimbra: Liv. Almedina, 2000.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Européia**: direito constitucional e administrativo da União Européia. Coimbra: Almedina, 2004.

QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5.º ed. rev. e actual. Coimbra, Almedina, 2006.

STELZER, Joana. **União Européia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2. ed.; rev. e atual Curitiba, PR: Juruá, 2004.

TOSTES, Ana Paula Balthazar. **União Européia**: o poder político do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNCTAD. **Empirical evidence of the benefits from applying competition Law and policy principles to economic development in order to attain greater**

efficiency in international trade and development. TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1. July, 1998. Disponível em: <<http://www.unctad.org/en/docs//c2emd10r1.en.pdf>>. Acessado em 01/04/2009.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Teses, dissertações, monografias e outros trabalhos acadêmicos.** Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

VAZ, Isabel; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **Direito econômico da concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o MERCOSUL e a União Europeia:** os desafios de uma associação inter-regional Barueri: Manole, 2003.

WAISBERG, Ivo. **Direito, política de concorrência para os Países em desenvolvimento.** São Paulo: Lex Editora, 2006.

ANEXO

ANEXO 1 - Artigos 101º a 118º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer disposições adequadas para os transportes marítimos e aéreos. Deliberam após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões.

TÍTULO VII

AS REGRAS COMUNS RELATIVAS À CONCORRÊNCIA, À FISCALIDADE E À APROXIMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES

CAPÍTULO 1

AS REGRAS DE CONCORRÊNCIA

SECÇÃO 1

AS REGRAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS

Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102.º
(ex-artigo 82.º TCE)

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Artigo 103.º
(ex-artigo 83.º TCE)

1. Os regulamentos ou directivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as directivas referidas no n.º 1 têm por finalidade, designadamente:

- a) Garantir o respeito das proibições referidas no n.º 1 do artigo 101.º e no artigo 102.º, pela cominação de multas e adstricções;

- b) Determinar as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo;
- c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 101.º e 102.º, relativamente aos diversos sectores económicos;
- d) Definir as funções respectivas da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à aplicação do disposto no presente número;
- e) Definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente secção ou as adoptadas em execução do presente artigo.

Artigo 104.º
(ex-artigo 84.º TCE)

Até à data da entrada em vigor das disposições adoptadas em execução do artigo 103.º, as autoridades dos Estados-Membros decidirão sobre a admissibilidade dos acordos, decisões e práticas concertadas e sobre a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno, em conformidade com o direito dos seus próprios países e com o disposto no artigo 101.º, designadamente no n.º 3, e no artigo 102.º.

Artigo 105.º
(ex-artigo 85.º TCE)

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 104.º, a Comissão velará pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 101.º e 102.º. A pedido de um Estado-Membro, ou oficiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que lhe prestarão assistência, a Comissão instruirá os casos de presumível infracção a estes princípios. Se a Comissão verificar que houve infracção, proporá os meios adequados para se lhe pôr termo.

2. Se a infracção não tiver cessado, a Comissão declarará verificada essa infracção aos princípios, em decisão devidamente fundamentada. A Comissão pode publicar a sua decisão e autorizar os Estados-Membros a tomarem as medidas, de que fixará as condições e modalidades, necessárias para sanar a situação.

3. A Comissão pode adoptar regulamentos relativos às categorias de acordos a respeito dos quais o Conselho tenha adoptado um regulamento ou uma directiva em conformidade com a alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º.

Artigo 106.º
(ex-artigo 86.º TCE)

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.

SECÇÃO 2

OS AUXÍLIOS CONCEDIDOS PELOS ESTADOS

Artigo 107.º (ex-artigo 87.º TCE)

1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

2. São compatíveis com o mercado interno:

- a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;
- b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;
- c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afectadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adoptar uma decisão que revogue a presente alínea.

3. Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:

- a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social;
- b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projecto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro;

- c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum;
- d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum;
- e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.

Artigo 108.º
(ex-artigo 88.º TCE)

1. A Comissão procederá, em cooperação com os Estados-Membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados. A Comissão proporá também aos Estados-Membros as medidas adequadas, que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado interno.

2. Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar.

Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado podem recorrer directamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em derrogação do disposto nos artigos 258.º e 259.º.

A pedido de qualquer Estado-Membro, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode decidir que um auxílio, instituído ou a instituir por esse Estado, deve considerar-se compatível com o mercado interno, em derrogação do disposto no artigo 107.º ou nos regulamentos previstos no artigo 109.º, se circunstâncias excepcionais justificarem tal decisão. Se, em relação a este auxílio, a Comissão tiver dado início ao procedimento previsto no primeiro parágrafo deste número, o pedido do Estado interessado dirigido ao Conselho terá por efeito suspender o referido procedimento até que o Conselho se pronuncie sobre a questão.

Todavia, se o Conselho não se pronunciar no prazo de três meses a contar da data do pedido, a Comissão decidirá.

3. Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projecto de auxílio não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.

4. A Comissão pode adoptar regulamentos relativos às categorias de auxílios estatais que, conforme determinado pelo Conselho nos termos do artigo 109.º, podem ficar dispensadas do procedimento previsto no n.º 3 do presente artigo.

Artigo 109.º
(ex-artigo 89.º TCE)

O Conselho, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu, pode adoptar todos os regulamentos adequados à execução dos artigos 107.º e 108.º e fixar, designadamente, as condições de aplicação do n.º 3 do artigo 108.º e as categorias de auxílios que ficam dispensadas desse procedimento.

CAPÍTULO 2
DISPOSIÇÕES FISCAIS

Artigo 110.º
(ex-artigo 90.º TCE)

Nenhum Estado-Membro fará incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, directa ou indirectamente, sobre produtos nacionais similares.

Além disso, nenhum Estado-Membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas de modo a proteger indirectamente outras produções.

Artigo 111.º
(ex-artigo 91.º TCE)

Os produtos exportados para o território de um dos Estados-Membros não podem beneficiar de qualquer reembolso de imposições internas, superior às imposições que sobre eles tenham incidido, directa ou indirectamente.

Artigo 112.º
(ex-artigo 92.º TCE)

Relativamente às imposições que não sejam os impostos sobre o volume de negócios, sobre consumos específicos e outros impostos indirectos, só podem ser concedidas exonerações e reembolsos à exportação para outros Estados-Membros, ou lançados direitos de compensação às importações provenientes de Estados-Membros, desde que as medidas projectadas tenham sido previamente aprovadas pelo Conselho, sob proposta da Comissão, para vigorarem por um período de tempo limitado.

Artigo 113.º
(ex-artigo 93.º TCE)

O Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adopta as disposições relacionadas com a harmonização das legislações relativas aos impostos sobre o volume de negócios, aos impostos especiais de consumo e a outros impostos indirectos, na medida em que essa harmonização seja necessária para assegurar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno e para evitar as distorções de concorrência.

CAPÍTULO 3
A APROXIMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES

Artigo 114.º
(ex-artigo 95.º TCE)

1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objectivos enunciados no artigo 26.º. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.
2. O n.º 1 não se aplica às disposições fiscais, às relativas à livre circulação das pessoas e às relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados.
3. A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar esse objectivo.
4. Se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Parlamento Europeu e o Conselho, pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário manter disposições nacionais justificadas por exigências importantes a que se refere o artigo 36.º ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do ambiente, notificará a Comissão dessas medidas, bem como das razões que motivam a sua manutenção.
5. Além disso, sem prejuízo do disposto no n.º 4, se, após a adopção de uma medida de harmonização pelo Parlamento Europeu e o Conselho, pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-Membro considerar necessário adoptar disposições nacionais baseadas em novas provas científicas relacionadas com a protecção do meio de trabalho ou do ambiente, motivadas por qualquer problema específico desse Estado-Membro, que tenha surgido após a adopção da referida medida de harmonização, notificará a Comissão das disposições previstas, bem como dos motivos da sua adopção.

6. No prazo de seis meses a contar da data das notificações a que se referem os n.ºs 4 e 5, a Comissão aprovará ou rejeitará as disposições nacionais em causa, depois de ter verificado que não constituem um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros, nem um obstáculo ao funcionamento do mercado interno.

Na ausência de decisão da Comissão dentro do citado prazo, considera-se que as disposições nacionais a que se referem os n.ºs 4 e 5 foram aprovadas.

Se a complexidade da questão o justificar, e não existindo perigo para a saúde humana, a Comissão pode notificar o respectivo Estado-Membro de que o prazo previsto no presente número pode ser prorrogado por um novo período de seis meses, no máximo.

7. Se, em aplicação do n.º 6, um Estado-Membro for autorizado a manter ou adoptar disposições nacionais derogatórias de uma medida de harmonização, a Comissão ponderará imediatamente se deve propor uma adaptação dessa medida.

8. Sempre que um Estado-Membro levante um problema específico em matéria de saúde pública num domínio que tenha sido previamente objecto de medidas de harmonização, informará do facto a Comissão, que ponderará imediatamente se deve propor ao Conselho medidas adequadas.

9. Em derrogação do disposto nos artigos 258.º e 259.º, a Comissão ou qualquer Estado-Membro pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro utiliza de forma abusiva os poderes previstos no presente artigo.

10. As medidas de harmonização acima referidas compreenderão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda que autorize os Estados-Membros a tomarem, por uma ou mais razões não económicas previstas no artigo 36.º, medidas provisórias sujeitas a um processo de controlo da União.

Artigo 115.º
(ex-artigo 94.º TCE)

Sem prejuízo do disposto no artigo 114.º, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adopta directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno.

Artigo 116.º
(ex-artigo 96.º TCE)

Se a Comissão verificar que a existência de uma disparidade entre as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas dos Estados-Membros falseia as condições de concorrência no mercado interno, provocando assim uma distorção que deve ser eliminada, consultará os Estados-Membros em causa.

Se desta consulta não resultar um acordo que elimine a distorção em causa, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam as directivas necessárias para o efeito. Podem ser adoptadas quaisquer outras medidas adequadas previstas nos Tratados.

Artigo 117.º
(ex-artigo 97.º TCE)

1. Quando houver motivo para recear que a adopção ou alteração de uma disposição legislativa, regulamentar ou administrativa possa provocar uma distorção, na acepção do artigo anterior, o Estado-Membro que pretenda tomar essa medida consultará a Comissão. Após ter consultado os Estados-Membros, a Comissão recomendará aos Estados interessados as medidas adequadas, tendentes a evitar a distorção em causa.

2. Se o Estado que pretende adoptar ou alterar disposições nacionais não proceder em conformidade com a recomendação que a Comissão lhe dirigiu, não se pode pedir aos outros Estados-Membros que, por força do artigo 116.º, alterem as suas disposições nacionais a fim de eliminarem tal distorção. Se o Estado-Membro que ignorou a recomendação da Comissão provocar uma distorção em seu exclusivo detrimento, não é aplicável o disposto no artigo 116.º.

Artigo 118.º

No âmbito do estabelecimento ou do funcionamento do mercado interno, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas relativas à criação de títulos europeus, a fim de assegurar uma protecção uniforme dos direitos de propriedade intelectual na União, e à instituição de regimes de autorização, de coordenação e de controlo centralizados ao nível da União.

O Conselho, deliberando de acordo com um processo legislativo especial, estabelece, por meio de regulamentos, os regimes linguísticos dos títulos europeus. O Conselho delibera por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu.

TÍTULO VIII

A POLÍTICA ECONÓMICA E MONETÁRIA

Artigo 119.º
(ex-artigo 4.º TCE)

1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 3.º do Tratado da União Europeia, a acção dos Estados-Membros e da União implica, nos termos do disposto nos Tratados, a adopção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objectivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.